

**EL DERECHO A SOLICITAR ASILO.
UN DERECHO EN FASE TERMINAL POR LAS VIOLACIONES DEL
DERECHO INTERNACIONAL**

ESPERANZA ORIHUELA CALATAYUD*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA EVOLUCIÓN DEL ASILO. III. EL DERECHO A SOLICITAR ASILO Y SUS CONSECUENCIAS. 1. Derecho a presentar la solicitud, a su recepción y análisis individualizado. 2. Derecho a la protección provisional mientras se analiza la solicitud. 3. Derecho a la no devolución al país en el que existe la posibilidad de ser perseguido (*non refoulement*). IV. LAS PRÁCTICAS QUE LIMITAN O VULNERAN EL DERECHO A SOLICITAR ASILO. 1. El establecimiento de un plazo para la presentación de las solicitudes de asilo. 2. Lugar de presentación de las solicitudes y las dificultades de acceso. 3. La no admisión a trámite de las solicitudes de asilo. a. *Países seguros*. b. *Estado no responsable de conocer la solicitud de asilo*. V. CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR ASILO. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En todos los tiempos y épocas históricas, los pueblos han utilizado el asilo como forma de dar cobijo y refugio al que huye. El asilo ha estado siempre unido a la idea de protección en un lugar seguro¹ de la persona cuya vida corre peligro, presentando diversos caracteres y denominaciones según quien fuera

* Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Murcia.

¹ La palabra asilo procede del adjetivo griego *ασυλος* que significa "lo que no puede ser tomado" y de la latina *asylum* con la que se identificaba un templo o lugar inviolable. El DRAE recoge entre los sentidos atribuidos a este término el de *lugar privilegiado de refugio para los perseguidos* y los de *amparo, protección o favor*.

el otorgante, el motivo de su concesión y el lugar en el que éste se hiciera efectivo².

Aunque en sus orígenes la institución estuvo vinculada a la divinidad y a la religión, en la actualidad el asilo presenta un carácter esencialmente estatal y humanitario³ y constituye una manifestación de la soberanía del Estado que acoge en su territorio a los extranjeros que, por persecución o temor a ser perseguidos, solicitan su amparo⁴. Éste puede llevarse a efecto bien en el territorio del Estado (*asilo territorial*), bien en las Misiones Diplomáticas o en las Oficinas Consulares (*asilo diplomático*). Este último presenta un carácter provisional y normalmente va seguido del territorial⁵.

El contenido y alcance de la protección y, por tanto, el estatuto jurídico del asilado, no está establecido ni regulado por el Derecho Internacional⁶. Corresponde a los Estados darle contenido. En otras épocas, era habitual que a

² En este sentido puede hablarse de asilo religioso, para el que en ocasiones se utilizaba la expresión “acogerse a sagrado”, asilo territorial, asilo diplomático o asilo político. Sobre los orígenes del derecho de asilo y sus manifestaciones cf. E REALE, “Doit d’asile”, *R. des C.*, 1938-I, vol. 63, pp. 469-601. En la actualidad cabe hablar del asilo humanitario, e incluso hay quien se atreve a calificarlo de económico o social, advirtiendo que la época actual es la del tránsito del asilo político hacia el asilo económico-social. En este sentido cf. D. BLANQUER, *Asilo político en España. Garantías del extranjero y garantías del interés general*, Madrid, 1997, p. 37.

³ El carácter humanitario del asilo fue puesto de manifiesto por la Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967, de la AGNU o *Declaración sobre el asilo territorial* (preámbulo) y su carácter civil y humanitario ha sido destacado por el Comité Ejecutivo del ACNUR al hacer referencia a la protección de los campos de refugiados situados en zonas próximas a un conflicto armado (Conclusión de 8 de octubre de 2002, n° 94 (L III) – 2002).

⁴ El asilo ha sido configurado como un derecho del Estado; de ahí que no pueda hablarse de derecho subjetivo al asilo ni exista obligación para el Estado de otorgarlo. Sobre la consideración del asilo como derecho del Estado cf. D. BOUTEILLET-PAQUET, *L’Europe et le droit d’asile*, París, 2001, pp. 33-34; D. LÓPEZ GARRIDO, *El derecho de asilo*, Madrid, 1991, pp. 13-19.

⁵ Mientras que en el asilo territorial el extranjero ha cruzado la frontera del Estado de origen o residencia, en el diplomático permanece aún en el Estado de origen. Generalmente se otorga hasta conseguir el salvoconducto o la autorización del Estado territorial para su salida y desplazamiento al territorio del Estado que le concede el asilo. El asilo diplomático ha sido práctica frecuente en los Estados americanos.

⁶ No existe ningún texto internacional jurídicamente vinculante en el que se recoja el estatuto jurídico a dispensar a los asilados. El fracaso de la Conferencia celebrada en 1977 con la finalidad de adoptar un convenio sobre asilo territorial impidió contar con un tratado de mínimos. Basta para justificar esta calificación ver el Informe de la Conferencia, UN doc. A/CONF.78/12, de 21 de abril de 1977.

través del asilo se otorgara una acogida permanente y generosa, y se reconocieran a los asilados unos derechos y unas condiciones de disfrute similares a los de los nacionales.

Pese al carácter humanitario que presenta, esta institución no ha conseguido traspasar en el Derecho Internacional el ámbito de las competencias soberanas para instalarse en el Derecho de los derechos humanos y convertirse en *derecho* del solicitante a *obtener asilo*. Por el momento, sólo se han introducido ciertas limitaciones en el poder discrecional del Estado a la hora de concederlo. Ahora bien, el Derecho Internacional general ha reconocido el *derecho* de todo individuo a *solicitar asilo*.

En la actualidad no corren buenos tiempos para el asilo, especialmente para el dispensado por los Estados más desarrollados. La necesidad de controlar los flujos migratorios de carácter económico está provocando la aparición de determinadas prácticas y normas internas que suponen una reducción del alcance de esta institución, e introducen limitaciones en el ejercicio del derecho a solicitar asilo. Nadie discute que los Estados tengan derecho a regular y restringir la entrada de los extranjeros en su territorio, pero la normativa que con tal finalidad se establezca ha de respetar los compromisos convencionales asumidos por el Estado y las normas del Derecho Internacional General. La contradicción que parece existir entre la seguridad nacional o la defensa del estado de bienestar, de un lado, y la solidaridad, de otro, no puede ir en perjuicio de ésta cuando ello supone una violación de obligaciones internacionales libremente consentidas⁷.

Es precisamente al verificar esta compatibilidad donde se aprecian contradicciones. El objetivo de este trabajo es el de analizar la situación en la que se encuentra el derecho a solicitar asilo, denunciar las prácticas que suponen una vulneración del mismo y advertir de las perjudiciales consecuencias que ello entraña para los particulares. Para ello, resulta imprescindible, en primer lugar, hacer un breve análisis de la evolución experimentada por la institución del asilo. Las limitaciones que se ciernen sobre el ejercicio de este derecho son, en ocasiones, consecuencias de esta evolución. En segundo lugar, determinar cuáles son las consecuencias que se derivan del reconocimiento de este derecho. Sólo así, será posible, en tercer y último lugar, concretar cuáles son esas prácticas que se perciben como limitación y viola-

⁷. Primar el bienestar o la seguridad en detrimento de la solidaridad o, por el contrario, apostar por ésta constituye una opción ideológica o ética que puede plantearse cuando resulta conforme con el Derecho establecido. Pero la opción puede no existir o no resultar abierta a cualquier resultado cuando existen obligaciones que respetar.

ción del derecho a solicitar asilo y sus consecuencias. El análisis tendrá como punto de referencia el Derecho español. Pero como éste no es ajeno a la evolución que experimenta la legislación de los Estados de nuestro entorno, ni al camino que en esta materia se está andando en el seno de la UE, las referencias al Derecho comunitario resultan obligadas, especialmente allí donde ya existe normativa vigente. En este punto Derecho comunitario y Derecho español se encuentran en íntima conexión. Aquél puede ser la causa de cambios en nuestro ordenamiento jurídico, y éste puede aparecer como germen del futuro Derecho comunitario.

II. LA EVOLUCIÓN DEL ASILO

La consideración del asilo como prerrogativa y derecho del Estado impide que pueda afirmarse la existencia de una obligación respecto de su concesión, y que pueda hablarse de la existencia de un derecho subjetivo al asilo⁸. La consecuencia más relevante de la inexistencia de tal obligación se traduce en la posibilidad de rechazo del extranjero en la frontera o su expulsión del territorio.

Ahora bien, la discrecionalidad del Estado a la hora de conceder o denegar el asilo se ha visto limitada. Por un lado, existen determinados supuestos en los que la concesión del asilo impone al Estado de acogida obligaciones adicionales a las que se derivan de la concesión del asilo, entendiendo que su incumplimiento impide su concesión u obliga a su revocación. Por otro, las posibilidades de rechazo o expulsión del extranjero al que se deniega el asilo encuentran un límite en el denominado principio de *non refoulement*.

En el caso de que el solicitante sea culpable o presunto culpable de la comisión de crímenes internacionales, la acogida puede estar condicionada al enjuiciamiento de tales hechos o a la entrega del presunto culpable a un Tribunal Internacional. En el primer caso, tal situación se produce cuando el Estado haya asumido una obligación convencional que le obligue a juzgar esos críme-

⁸ No existe ningún texto internacional de Derecho positivo en el que se configure el asilo como un derecho del individuo. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 14 simplemente habla del derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país, sin que se haya impuesto a los Estados la obligación de concederlo. El Pacto de Derechos civiles y políticos ni siquiera hace mención a éste. En este sentido cf. L. BOLESTA-KOZIEBRODZKI, *La droit d'asile*, Leyden, 1962, pp. 80-81; D. BOUTILLET-PAQUET, *op. cit. supra nota 4*, p. 90

nes⁹. En aquellos supuestos en los que el Estado se encuentre obligado a entregar a esa persona a un Tribunal Penal Internacional¹⁰, debe denegar el asilo o, en caso de haberlo concedido, proceder a su revocación.

La práctica internacional desarrollada por los Estados en materia de asilo ha consolidado el reconocimiento de ciertas garantías al solicitante de asilo; en particular, su derecho a no ser devuelto a un país en el que su vida o su libertad corran peligro (principio de *non refoulement*)¹¹. Derecho que desde la perspectiva del Estado implica la asunción de una obligación, la de no proceder a la devolución si no existe garantía de respeto.

Esta obligación de no devolución recibe su primera consagración formal, aunque limitada a determinados extranjeros, en el art 3 de la Convención, de 28 de octubre de 1933 relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados¹², y se reitera en la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951, sobre el estatuto de los refugiados¹³. El párrafo primero del artículo 33 establece que «ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno

⁹. Esa obligación sólo existe respecto de las violaciones graves del DIH recogidas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en las establecidas en el Protocolo adicional I a estos Convenios de 8 de septiembre de 1977, o en aquellos casos en los que los convenios internacionales en los que se tipifican estos crímenes recogen el principio *aut dedere aut judicare*. Sobre estos supuestos cf. los Convenios citados en mi trabajo “La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial”, en *Cursos de Derecho internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gastéis*, pp. 187-189.

¹⁰. Obligación que existe respecto del Tribunal Penal Internacional de la Ex Yugoslavia a tenor de lo establecido en el párrafo 4 de la Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y de la primacía otorgada a este Tribunal respecto de las jurisdicciones nacionales (art. 9.2 del Estatuto del Tribunal) (BOE de 24 de noviembre de 1993), respecto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda tal y como se desprende de lo establecido en el párrafo 2 de la Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre, del Consejo de seguridad de las Naciones Unidas y del art. 8.2 de su Estatuto (BOE de 24 de mayo de 1995), y respecto de la CPI cuando dicha obligación resulte de lo establecido en la Parte IX “De la cooperación internacional y asistencia judicial” (arts. 86-102) de su Estatuto (BOE de 27 de mayo de 2002).

¹¹. Sobre los orígenes del principio de *non refoulement* cf. G.S. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, Oxford, 1996, pp. 117-121; E. REALE, *op. cit. supra* nota 2, pp. 556-561 aunque el autor por la fecha de su escrito no haga mención expresa al principio.

¹². Sobre esta convención cf. D. BOUTILLET-PAQUET, *op. cit. supra* nota 8, p. 56; G.J. JAEGER, “Les Nations Unies et les réfugiés”, en *La reconnaissance de la qualité de réfugié et l’octroi de l’asile. Actes de la journée d’études de 21 avril 1989*, Bruselas, 1990, p. 34; E. REALE, *op. cit. supra* nota 2, pp. 568-570.

¹³. BOE de 21 de octubre de 1978 donde también se incluye el texto del Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967, sobre el estatuto de los refugiados.

a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas» (art. 33.1).

Su virtualidad no se limita en la actualidad a este colectivo, ni se encuentra constreñida a los motivos de persecución que, según la Convención de Ginebra, determinan la condición de refugiado. Su alcance se ha visto ampliado, tanto subjetiva como materialmente, por normas del Derecho de los derechos humanos¹⁴. En la actualidad los Estados ven constreñida su libertad de rechazo o expulsión de cualquier extranjero¹⁵ por la imposibilidad de su devolución, no sólo al país donde pueda sufrir esa persecución, sino también a cualquiera en el que no exista la seguridad de respeto del núcleo duro de los derechos humanos, los más fundamentales¹⁶. Dicho principio forma parte del Derecho Internacional general, existiendo incluso afirmaciones de su carácter imperativo¹⁷.

En caso de no ser posible la devolución, el Estado está obligado a otorgar acogida y protección. Son supuestos de acogidas obligatorias, en las que el principio de no devolución ampara y protege a la persona imponiendo su permanen-

¹⁴ El art. 3 de la Convención, de 10 de diciembre de 1984, contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (BOE de 9 de noviembre de 1987) advierte de la imposibilidad de expulsar, devolver o extraditar a una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a torturas.

¹⁵ La ampliación del alcance del principio de no devolución a los solicitantes de asilo quedó reflejada en la Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967 de la AGNU o *Declaración sobre el asilo territorial* (art. 3).

¹⁶ En este sentido cf. G.S. GOODWIN-HILL, *op cit. supra nota 11*, p. 139. En relación con esta cuestión, es necesario destacar que la jurisprudencia establecida en relación con el Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (BOE de 26 de junio de 1998; CE BOE 17 de septiembre de 1998) ha sido el detonante esencial de esta ampliación. Aunque el Convenio de Roma de 1950 no haga referencia en su articulado al asilo, esta jurisprudencia ha advertido de la imposibilidad de devolver al extranjero a un país donde corra peligro de ser sometido a torturas o lo que es lo mismo de devolver a un extranjero en contravención de la prohibición impuesta en el art. 3 del Convenio de Roma. Sobre este particular y la jurisprudencia sentada en el ámbito europeo cf. D. BOUTILLET-PAQUET, *op. cit. supra nota 4*, pp. 108-115.

¹⁷ Ya en 1977, el Comité Ejecutivo del ACNUR calificaba de principio humanitario fundamental el de no devolución, y reafirmaba la importancia fundamental de su observancia, cf. Res. N° 6 (XXVIII). Entre quienes en la doctrina afirman el carácter imperativo del principio de no devolución cf. J. ALLAIN, "The *ius cogens* Nature of *non-refoulement*", *IJRL*, 2001-4, vol 13, pp. 233-258; F. MARIÑO MENÉNDEZ, "La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el Derecho Europeo", en *El derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor J.M. Castro-Rial Canosa*, Madrid, 2002, p. 464.

cia en el territorio del Estado. Sin embargo ello no debe entenderse como un supuesto en el que el Derecho Internacional haya consagrado o reconocido, aún limitadamente, un derecho al asilo en el sentido estricto del término. Esta protección puede revestir una denominación y estatuto jurídico diferente a éste.

En la actualidad, la denominada *protección humanitaria*¹⁸ *se está abriendo paso con fuerza como mecanismo de protección de quienes, sin ser refugiados*¹⁹, necesitan permanecer en el territorio del Estado por mor del *non refoulment*.

Debemos por tanto concluir que el Derecho Internacional no ha impuesto a los Estados la obligación de otorgar asilo en toda circunstancia. Esta obligación sólo será consecuencia de la configuración del asilo como un derecho subjetivo por el ordenamiento jurídico interno de los Estados, o en el caso de que el Estado haya asumido una obligación internacional de este tipo a través, por ejemplo, de su participación en un tratado internacional, como ocurre, en la práctica, respecto de los refugiados.

La obligación de conceder asilo a quien se reconozca la condición de refugiado no viene recogida en los Convenios internacionales establecidos con la finalidad de garantizar su protección, sino que es el resultado de la combinación de la obligación de refugio o protección que las partes en estos tratados han asumido²⁰ y

¹⁸ Con ellas el compromiso asumido por el Estado es menor que en el asilo por lo que respecta a los derechos reconocidos y a la posibilidad de su revocación. Se trata, por tanto, de una protección mínima y temporal por razones humanitarias. Sobre esta forma de protección cf. J. FITZPATRICK, "Temporary protection of refugees: elements of a formalized regime", *AJIL* 2000-2, pp. 279-306; G. Noll y J. Vested-Hansen, "Temporary Protection and Burden Sharing: Conditionalising Access Suspending Refugee Rights?", en E. GUILD y C. HARLOW, *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum rights in EC Law*, Oxford, 2001, pp. 195-223.

¹⁹ Es el caso de las personas que huyen de conflictos armados, de catástrofes naturales o que, perteneciendo a determinados colectivos especialmente vulnerables, pueden encontrarse necesitados de asistencia o protección por parte de un tercer Estado.

²⁰ En la actualidad (03/07/03) son partes en la Convención 142 Estados: Albania, Alemania, Angola, Antigua y Barbuda, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahamas, Belarús, Bélgica, Belice, Benin, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Botswana, Brasil, Bulgaria, Burkina-Faso, Burundi, Camboya, Camerún, Canadá, Chad, Chile, China, Chipre, Colombia, Congo, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croacia, Dinamarca, Djibuti, Dominica, Egipto, El Salvador, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Etiopía, Ex-República yugoslava de Macedonia, Federación Rusa, Fidji, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabón, Gambia, Georgia, Ghana, Grecia, Guatemala, Guinea, Guinea Ecuatorial, Guinea-Bissau, Haití, Honduras, Hungría, Islas Salomón, Irán, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kazajistán, Kenia, Kirguistán, Lesotho, Letonia, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Malawi, Mali, Malta, Marruecos, Mauritania, Méjico, Mónaco, Mozambique, Namibia, Nicaragua, Níger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Papua Nueva Guinea, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República

las tendencias a la equiparación entre asilo y refugio que se han producido en las legislaciones internas de algunos Estados, en particular de los miembros de la UE, y en la propia normativa comunitaria²¹.

Esta tendencia supone una restricción del alcance del asilo en su concepción tradicional. Ya no se prevé como el amparo dispensado de forma absolu-

Centroafricana, República de Corea, República de Moldavia, República Democrática del Congo, República Dominicana, República Checa, República Unida de Tanzania, Ruanda, Rumania, Samoa, San Cristóbal y Nieves, Santa Sede, San Vicente y las Granadinas, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Serbia y Montenegro, Seychelles, Sierra Leona, Somalia, Sudáfrica, Sudán, Suecia, Suiza, Surinam, Swazilandia, Tayikistán, Timor-Leste, Togo, Trinidad y Tobago, Túnez, Turkmenistán, Turquía, Tuvalu, Ucrania, Uganda, Uruguay, Yemen, Zambia y Zimbabwe. En el Protocolo de Nueva York son parte 140 Estados (los de la Convención, con las excepciones de Madagascar, Mónaco, Namibia, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y Granadinas, y con las adiciones de Cabo Verde, Estados Unidos, y Venezuela).

²¹. Las modificaciones que han experimentado las legislaciones de algunos Estados europeos en la década de los noventa han estado dirigidas, entre otras cosas, a configurar el asilo como la protección otorgada a los refugiados, produciéndose así una restricción evidente de los supuestos en los que estos Estados están dispuestos a otorgar asilo. Sólo a quienes reúnen la condición de refugiados, para lo cual siguen una interpretación estricta del término.

Esta identificación también inspira la política de asilo en el seno de la Unión Europea, donde la libre circulación de personas y el establecimiento de un espacio sin fronteras interiores planteaba el reto del control de las fronteras exteriores lo que afecta a la entrada de nacionales de terceros Estados y a las cuestiones relacionadas con la concesión de asilo y el reconocimiento de la condición de refugiado. Desde la entrada en vigor del TUE (01/11/93) la política de asilo es considerada de interés común, pues el establecimiento de una política común de asilo es uno de los elementos del objetivo de establecer progresivamente un espacio de libertad seguridad y justicia (objetivo de la UE art. 2 TUE). Desde esa fecha y hasta hoy, a través de distintos instrumentos y bases jurídicas (cooperación intergubernamental primero y después comunitarización de las cuestiones de visado, asilo e inmigración, Título IV TCE introducido en Ámsterdam) se han ido dando pasos en orden a establecer un sistema común de asilo configurado en torno a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los refugiados y al Protocolo de Nueva York de 1967. Este sistema común de asilo implica tener una misma forma de interpretar el término de refugiado (Propuesta de Directiva), el establecimiento de un estatuto jurídico común para los refugiados, de forma que tengan los mismos derechos y obligaciones sea cual se el Estado que les otorgue el asilo (Directiva de 27 de enero de 2003), y, por último el establecimiento de un procedimiento de asilo común (Propuesta de Directiva). Sobre la política europea en materia de asilo y el establecimiento de un sistema común de asilo, cf., por ejemplo, J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *la inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad seguridad y justicia*, Madrid, 2002; J. VAN DER KLAUW, "Towards a Common Asylum Procedure", en E. GUILD y C. HARLOW (eds), *op. cit. supra nota 18*, pp. 165-193.

tamente discrecional²² o en caso de persecución en general²³, sino que sólo se concede a quién pueda ser considerado refugiado según el Derecho internacional²⁴. Se produce, así, una equiparación entre asilo y refugio y se reconoce un *derecho al asilo*, aunque limitado a un determinado colectivo—los refugiados—y con un contenido determinado por el Derecho Internacional.

La protección dispensada -el asilo- debe, en este caso, ser respetuosa con las obligaciones internacionalmente asumidas respecto de la protección de los refugiados, pudiendo quedar limitada a la establecida por el Derecho Internacional²⁵.

²² En la sesión de Bath (1950) el IDI definió el asilo como “la protección que un Estado da en su territorio, o en cualquier otro lugar bajo la jurisdicción de sus autoridades, a una persona que viene a buscarlo”, cf. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Bath septembre 1950, Tome II, p. 243 (art. 1 de la resolución adoptada).

²³ Los pocos textos internacionales en los que se hace referencia al asilo advierten que en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo. Así lo establece el art. 14 de la Declaración Universal de los derechos humanos y se desprende de lo establecido en el art. 1 de la Declaración de asilo territorial adoptada por la AGNU en 1967. El fracasado proyecto de Convenio sobre asilo territorial de 1977, aunque con precisiones sobre los motivos de la persecución también se perfilaba más amplio que los que se establecen para obtener el reconocimiento de la condición de refugiado. El texto del proyecto puede consultarse en G. S. GOODWIN-GILL, *op. cit. supra* nota 11, pp. 510-512.

²⁴ Para el Derecho Internacional, a tenor de lo establecido en la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951 y en el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967, se considera refugiado a *toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o a causa de fundados temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.*

Teniendo en cuenta esta definición, los requisitos a reunir para encajar en el concepto de refugiado son los siguientes: 1) ser extranjero o apartida y encontrarse fuera del país de origen o residencia habitual; 2) la existencia de fundados temores de ser perseguido si regresa a su país; 3) Las causas del temor fundado de persecución han de concretarse en motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas y 4) debe existir una situación de desprotección ya sea objetiva (no puede acogerse a la protección de su país) o subjetiva (no quiera acogerse a ella a causa de los fundados temores). Toda persona que reúna estas condiciones tiene derecho a protección por parte de cualquiera de los Estados parte en los citados convenios internacionales y al reconocimiento del estatuto de refugiado.

²⁵ La protección mínima que ha de dispensarse a quien se otorga la condición de refugiado viene establecida en la Convención de Ginebra. Nada obsta para que los Estados la amplíen en la legislación que al efecto establezcan en su derecho interno. El mínimo dispensable se centra en el reconocimiento de ciertas garantías y derechos, con la única obligación para el refugiado de acatar las leyes y reglamentos del país de acogida, así como las medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público.

Cualquier restricción no conforme con la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados o el Protocolo de Nueva York de 1967 se traducirá en violación de una obligación internacional con las consecuencias que ello comporta.

En consecuencia, los Estados que han equiparado en su práctica y legislación interna el asilo al refugio están obligados a concederlo a quien revista la condición de refugiado según el Derecho Internacional y el contenido de este asilo habrá de ser respetuoso con el estatuto jurídico reconocido al refugiado por el ordenamiento jurídico internacional.

Es el caso de España. La ley 9/1994, de 19 de mayo, por la que se modificó la ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado²⁶, suprimió la diferencia de regulación que su antecesora

La principal garantía, y premisa necesaria para su protección, es la de la seguridad de no ser devuelto a un país en el que su vida o libertad se encuentre en peligro (*non refoulement*). Junto a ello, el Convenio de Ginebra garantiza al refugiado que la entrada ilegal en el territorio del Estado no será motivo de sanción a condición de que se presenten sin demora ante las autoridades del Estado (art. 31), su no expulsión salvo razones de seguridad o de orden público (art. 32) y la obtención documentación (identidad y viaje) (arts. 27 y 28).

Respecto de los derechos reconocidos, es necesario advertir que, en ocasiones éstos se disfrutarán en las mismas condiciones que los extranjeros o de existir diferencia entre éstos en las condiciones más favorables. Tal es el caso del derecho de asociación (art. 15), empleo (art. 17) y libertad de circulación (art. 26). En otros casos se prevé la concesión, si es posible, de un trato más favorable que a los extranjeros, como ocurre con el derecho a la vivienda (art. 21), de adquisición de bienes muebles e inmuebles, celebración de contratos (art. 13, trabajo por cuenta propia (art. 18), profesiones liberales (art. 19) y derecho de estudios secundarios y universitarios (art. 22.2). Por último el Convenio de Ginebra prevé el reconocimiento de ciertos derechos que han de disfrutarse en igualdad de condiciones con los nacionales. Es el caso del derecho a libertad de religión (art. 4), derechos de propiedad intelectual e industrial (art. 14), acceso a los tribunales (art. 16), distribución de alimentos en caso de racionamiento (art. 20), derecho a la enseñanza básica (art. 22.1), asistencia pública (art. 23) obtención de documentación y certificados que habrá de expedir el país de origen (art. 25), condiciones laborales y de seguros sociales y no imposición de gravámenes o impuestos que excedan de los que se exijan a los nacionales (art. 29).

²⁶ La Constitución española, en su artículo 13.4, previó que “la ley establecería los términos en los que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrían gozar del derecho de asilo en España”.

Nuestro texto constitucional sólo menciona el asilo. No existe ninguna referencia al refugio ni a los refugiados, aunque serán éstos los que reciban las primeras disposiciones, aunque puntuales y provisionales, a través de órdenes ministeriales (orden de 16 de mayo de 1979, sobre regulación provisional del reconocimiento de la condición de refugiado y orden, de 31 de agosto sobre prórroga de plazo de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado).

mantenía entre asilo y refugio, restringiendo la posibilidad de obtener el asilo exclusivamente a quienes reúnan la condición de refugiado según la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967.

La distinción existente con anterioridad entre asilo y refugio²⁷ permitía prever la concesión del asilo a personas que no fueran refugiados según el Derecho Internacional (el *asilo por razones humanitarias* o el que podríamos denominar *asilo democrático* o por comisión de un delito encaminado al logro de derechos y libertades reconocidos en España o lucha contra sistemas no democráticos) e incluso prever un régimen jurídico más favorable para los asilados (a los que en ocasiones se exigen requisitos más rigurosos — persecución y no temores fundados de persecución— que para los refugiados).

Esta regulación restringe, por tanto, la extensión y el ejercicio del derecho de asilo que mantenía su predecesora. Uno de los aspectos llamativos es, sin duda, la desaparición del asilo por razones humanitarias y su reconducción a la legislación sobre extranjería, lo que pone de relieve una falta evidente de sensibilidad por parte de esta ley hacia los colectivos que se encuentren necesitados de protección como consecuencia de conflictos armados, disturbios o tensiones internas o incluso catástrofes naturales.

Esta restricción ha sido justificada, entre otras razones, en la necesidad de evitar que el sistema de protección de los refugiados sea utilizado por los inmi-

La Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, con la que se cumple el mandato constitucional, vino acompañada del Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero por el que se establece el Reglamento de aplicación de la Ley. Ambos textos fijaron el régimen aplicable durante casi diez años, en el que se recogen dos formas de protección: el *asilo*, como protección graciable por el Estado en el ejercicio de su soberanía a los extranjeros que se encuentren en alguna de las circunstancias previstas en su art. 3, y el *refugio* como protección que se concede a quienes cumplen los requisitos establecidos en la Convención de Ginebra. Es necesario advertir que aunque la Ley hable del asilo como acto graciable no debe entenderse el término en el sentido de absolutamente discrecional, arbitrario e incontrolado. La Ley establece los motivos que conllevan al asilo. Cumplidos éstos el asilo debe ser concedido. Sin embargo, también es necesario señalar que existe un amplio margen por parte de la Administración a la hora de interpretar estas condiciones.

²⁷ Distinción puesta de manifiesto por la Jurisprudencia española. Cf. Sentencia TS de 29 de marzo de 1993 y 4 de octubre de 1993.

grantes de carácter económico²⁸, pero como ha puesto de relieve algún autor²⁹ el control sobre el inmigrante económico no puede desnaturalizar la institución del asilo, que es lo que a fin de cuentas termina ocurriendo. Este cambio no puede considerarse progresista.

III. EL DERECHO A SOLICITAR ASILO Y SUS CONSECUENCIAS

El artículo 14 de la Declaración Universal de los derechos humanos, de 10 de diciembre de 1948³⁰, establece que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”³¹. El reconocimiento de este derecho es consecuencia de la existencia de una situación de persecución en el país de origen y de ausencia de protección por parte de ese Estado. Esta falta de asistencia provoca una pérdida de confianza entre el individuo y el país de nacionalidad o residencia y justifica la búsqueda de protección en otro Estado.

La inclusión del derecho a solicitar asilo en este texto internacional evidencia su carácter universal³². El derecho a solicitar asilo, como todos los

²⁸. En la exposición de motivos que acompaña la reforma efectuada en 1994 se advierte que “esta medida responde, por una parte, a las consideraciones recogidas en la Proposición no de ley de 9 de abril de 1991, que constataba que el sistema de protección a los refugiados políticos se veía desvirtuado en la práctica por el número creciente de solicitudes, en su mayoría por inmigrantes económicos, lo que dificulta la acogida adecuada y provoca el consiguiente retraso en la resolución de las peticiones, convirtiéndose en la práctica en la principal vía de inmigración irregular hacia nuestro país”.

²⁹. En este sentido se ha manifestado R. YÁNEZ VELASCO, *Refugio y asilo político. Conceptos y problemas jurídicos*, Barcelona 2002, p. 206.

³⁰. Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada por 44 votos a favor, 6 en contra y dos abstenciones. Aunque la misma no constituya un texto jurídicamente vinculante, su contenido forma parte del Derecho Internacional general y ello con independencia de que la referencia a este derecho no se ha recogido en convenios internacionales posteriores, como ocurre, por ejemplo, con el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966 (BOE de 30 de abril de 1977).

³¹. La redacción de este artículo experimentó ciertas modificaciones que ponen de relieve el rechazo de los miembros de la Organización a aceptar el reconocimiento de un derecho al asilo. En principio esta disposición hacía referencia al derecho de toda persona a que le sea acordado el asilo, pero este planteamiento no prosperó y lo recogido en el art. 14 es exclusivamente el derecho a solicitar asilo. En este sentido cf. D. LÓPEZ GARRIDO, *op. cit. supra nota 4*, p. 15.

³². La universalidad de los derechos humanos es uno de los principios básicos que ha de inspirar todo el Derecho Internacional de los derechos humanos. Sobre este principio cf. A. REMIRO BROTONS, J. Díez-Hochleitner, L. Pérez Prat Durbán, R. Riquelme Cortado y E. Orihuela Calatayud, *Derecho Internacional*, Madrid, 1997, pp. 1021-1023.

derechos humanos, constituye un derecho individual atribuido a toda persona por el hecho de serlo. Derecho que puede ser ejercitado si se da el supuesto de hecho previsto en esta disposición –persecución–.

Tres datos merecen ser destacados de la redacción dada a esta disposición. Por un lado, que este artículo no condiciona la persecución, como motivo para solicitar asilo, a que esté provocada por determinadas causas o motivos, sino que cualquier persecución parece activar la posibilidad de solicitar el asilo.

Además, que la referencia al asilo debe ser interpretada en un sentido amplio y como sinónimo de protección. La indeterminación del contenido del asilo en el Derecho Internacional hace que esta referencia no pueda ser entendida como derecho a obtener un estatuto jurídico internacional determinado.

Por último, que la protección puede solicitarse en cualquier país. Con ello se está reconociendo la libertad del solicitante para elegir el Estado ante el cual hacer efectiva su petición.

En definitiva, se reconoce a toda víctima de persecución el derecho a solicitar protección en cualquier país. Pero, la libertad del Estado para circunscribirlo a los perseguidos por determinados motivos, la concreción del alcance de la protección, y la posibilidad de su denegación resultan intactas. Como ya se ha advertido el derecho a solicitar asilo no ha venido acompañado de la imposición a los Estados, en todo caso, de la obligación de concederlo.

El carácter graciable del asilo permite a los Estados valerse de un abanico amplio de posibilidades a la hora de dispensar protección, pudiendo existir diferentes grados, denominaciones, formas o estatutos de amparo del extranjero. Desde la simple acogida temporal en un lugar determinado con el compromiso, también provisional, de no devolución, hasta la residencia permanente con una equiparación del extranjero a los nacionales del Estado, cabe imaginar múltiples soluciones.

Ahora bien, los Estados que identifican asilo y refugio y prevén el asilo como el amparo dispensable a los refugiados, atribuyen a esta forma de protección un contenido y alcance determinado, el que se deriva de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados.

Esto no quiere decir que esos Estados no puedan arbitrar otras formas de protección, más restrictivas o, incluso, aunque sería extraño, más amplias. Pero esa equiparación añade al derecho a solicitar asilo consecuencias que en su inicial consideración no cabía deducir del mismo y que traen causa de la re-

gulación internacional prevista para los refugiados. Nos encontramos ante situaciones en las que si el asilo es concedido, la libertad del Estado a la hora de determinar el estatuto jurídico del asilado está condicionada al respeto de la Convención de Ginebra de 1951. En este caso el derecho a solicitar va a acompañarse de un derecho a obtener una determinada protección si el asilo es concedido.

El derecho a solicitar asilo o protección en cualquier país debe ser entendido, por tanto, como derecho a presentar la solicitud en el país que, por las razones que sea, resulte elegido por el solicitante, y a que ésta sea considerada de forma individualizada y apreciada en función de los motivos alegados para ser merecedor de tal concesión. Su reconocimiento, como ha afirmado el profesor Mariño Menéndez, impide a los Estados poner obstáculos desproporcionados, irrazonables o injustos que impidan que la solicitud sea efectivamente presentada, recibida y considerada³³, pero en ningún caso obliga a su concesión. Este derecho a solicitar asilo sólo se verá acompañado del derecho a obtener un determinado estatuto jurídico cuando el solicitante reúna los caracteres que le hacen merecedor del reconocimiento de la condición de refugiado y el Estado solicitado se haya comprometido a dispensar a éstos la protección recogida en la Convención de Ginebra de 1951.

Las consecuencias que se derivan del reconocimiento del derecho a solicitar asilo, son las siguientes:

- a. derecho a presentar la solicitud, a su recepción y análisis individualizado.
- b. derecho a la protección provisional mientras se analiza la solicitud, y
- c. derecho a la no devolución al país en el que existe posibilidad de ser perseguido (*non-refoulement*). Este principio, aunque unido en sus orígenes a la protección de los refugiados, cabe considerarlo hoy aplicable a todo el que busca protección por motivos de persecución o peligro para la vida.

Estas consecuencias se ven matizadas e, incluso, ampliadas cuando la solicitud proviene de quien pretende el reconocimiento de la condición de refugiado. Aunque la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados sólo tenga como objeto de regulación a los refugiados y no a los solicitantes de asilo, de sus disposiciones cabe inferir aspectos que han de considerarse rela-

³³. Cf. F. MARIÑO MENÉNDEZ, *op. cit. supra* nota 17, p. 467.

cionados con todos los hipotéticos solicitantes de asilo³⁴. Además, algunas de las consecuencias que se derivan del derecho a solicitar asilo encuentran su apoyo en el Manual elaborado por el ACNUR sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado³⁵, que aunque no constituya un instrumento jurídicamente vinculante, constituye un referente de la práctica internacional y de la opinión de ACNUR sobre la forma de entender algunas disposiciones de la Convención sobre refugiados.

1. Derecho a presentar la solicitud, a su recepción y análisis individualizado

El derecho a solicitar asilo implica, en primer lugar, el derecho a presentar la solicitud y, además a hacerlo en el país que voluntariamente el solicitante elija. Pero, para que su ejercicio sea posible, resulta imprescindible conocer cuáles son los mecanismos y procedimientos que con tal finalidad tiene establecidos el Estado al que se solicita esa protección en su Derecho interno. En este caso, la colaboración e información por parte de los órganos del Estado, ya sean centrales o periféricos resulta imprescindible.

Los Estados son libres a la hora de determinar cuáles serán estos procedimientos, sin que exista ninguna obligación que implique el establecimiento de un procedimiento determinado. Incluir el ejercicio de este derecho en la legislación general que sobre extranjería se haya establecido o establecer procedimientos específicos según el tipo de protección solicitada queda a su arbitrio. Lo más sencillo, incluso lo ideal, para los extranjeros que se aproximan a un Estado solicitando su protección, es que el procedimiento sea único pues ello evita que, por motivos de falta de información o desconocimiento, yerren a la hora de iniciar los trámites con los que ejercen su derecho.

Ahora bien, a la hora de regular estos procedimientos o de su aplicación, es necesario tener en cuenta la situación de vulnerabilidad que se cierne sobre quienes hacen uso del derecho a solicitar asilo, pues se encuentran en un medio extraño y pueden encontrar dificultades técnicas y de comunicación para hacer efectivo el ejercicio de este derecho. De ahí que para que el derecho a so-

³⁴. En este sentido cf. D. BLANQUER *op. cit. supra* nota 2, p. 97.

³⁵. *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los refugiados*, que se puede consultar en la página web del ACNUR www.acnur.org y en el apartado sobre protección de los refugiados.

licitar asilo resulte efectivo, los Estados deban adoptar medidas que hagan que estas dificultades queden reducidas.

En este sentido es necesario destacar que el Comité Ejecutivo del ACNUR, en 1977 con ocasión de la celebración de su 28º periodo de sesiones, hizo a los Estados ciertas recomendaciones para que su procedimientos se ajusten a determinados requisitos básicos. Dichas recomendaciones, aunque referidas exclusivamente a los procedimientos relacionados con el reconocimiento de la condición de refugiado, deben entenderse de aplicación general en aquellos Estados en los que el procedimiento a seguir para hacer efectivo el derecho a solicitar asilo sirve, como ocurre en España, para obtener el reconocimiento de la condición de refugiado y el asilo.

En unos casos estos requisitos se centran en el solicitante y en la presentación de la solicitud, en otros, están relacionados con las autoridades del Estado implicadas en el caso y, por último, se encuentran los relacionados con las garantías jurídicas que han de dispensarse al solicitante.

Según el Comité Ejecutivo del ACNUR, el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento a seguir, se le deben proporcionar los medios necesarios para presentar su solicitud, incluido el uso de intérprete si fuera necesario, y se debe informar al solicitante de la oportunidad de ponerse en contacto con un representante del ACNUR.

El ejercicio del derecho a solicitar asilo está sin duda condicionado por el procedimiento establecido, y de forma muy especial por el lugar de presentación de la solicitud. Cuando ésta sólo es posible en el territorio del Estado, esto es, cuando los órganos encargados de la recepción de estas solicitudes se encuentran dentro del territorio o en los puestos fronterizos del Estado, el derecho a solicitar asilo debe acompañarse del derecho a acceder al territorio para presentar la solicitud.

La autoridad a la que se dirige el solicitante debe tener instrucciones claras para actuar con escrupuloso respeto de las obligaciones internacionales, en particular con el principio de no devolución y remitir la solicitud a una autoridad superior.

Junto a ello al solicitante se debe brindar la oportunidad, en caso de que su petición no sea aceptada, de contar con la posibilidad de apelar la decisión y de contar con un plazo razonable para poder hacerlo.

Por último, el solicitante de asilo tiene derecho a que su solicitud sea examinada y resuelta. En relación con ello, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha

recomendado que la autoridad competente para conocer de estas solicitudes esté claramente identificada y que, de ser posible, exista una sola autoridad central encargada de resolver las solicitudes en primera instancia.

En Derecho español contamos con un sistema de trámite único, el del asilo. La posibilidad de que se produzcan diversas formas de protección es resultado de la puesta en marcha de este único procedimiento. La admisión de la solicitud y el reconocimiento de la condición de refugiado al solicitante implica la concesión del asilo y el reconocimiento del estatuto jurídico previsto en la Ley de asilo y refugio. La inadmisión a trámite o la denegación del reconocimiento de la condición de refugiado podrá determinar, en situaciones excepcionales, el reconocimiento de otras clases de protección humanitaria³⁶.

La regulación establecida en la Ley española de asilo y en el Reglamento para su aplicación resulta, en principio, acorde con las consecuencias que se derivan del derecho a solicitar asilo y responde además a los requisitos recomendados por el Comité Ejecutivo del ACNUR.

En virtud de lo establecido en los citados textos legales, las solicitudes podrán presentarse en el territorio español³⁷, en los puestos fronterizos de entrada al territorio español, o en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero (art. 4)³⁸. La variedad de posibilidades prevista en nuestra legislación se percibe, a primera vista, como una regulación favorecedora del ejercicio del derecho a solicitar asilo.

³⁶. En el gráfico nº 1 pueden apreciarse las diferentes formas de protección otorgadas por nuestro país, durante el periodo 2000-2001, a los solicitantes de asilo que han obtenido una respuesta favorable a su petición de protección.

³⁷. En este caso la solicitud podrá presentarse en la Oficina de Asilo y Refugio (actualmente denominada Subdirección General de Asilo en virtud de la modificación efectuada en la estructura orgánica del Ministerio del Interior por el Real Decreto 1449/2000, de 28 de julio), en las Oficinas de extranjeros o en las Comisarías Provinciales de Policía o en las Comisarías de Distrito que se señalen por orden del Ministerio del Interior (art. 4 del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo).

³⁸. El mayor número de solicitudes se presentan en el territorio español. Si tenemos en cuenta los datos del año 2001, del total de solicitudes presentadas, el 60'6% (4612) de las solicitudes se han presentado en el territorio español, el 38'6% (2939) en la frontera y sólo el 0'7% (55) en embajadas o consulados (véase gráfico nº 2). Cf. el Anuario Estadístico de Extranjería correspondiente al año 2001 elaborado por la Delegación del Gobierno para la extranjería y la inmigración, p. 206.

La solicitud de asilo se efectúa mediante comparecencia personal³⁹ y rellenando el formulario de solicitud de asilo⁴⁰.

En cuanto a la necesidad de informar al solicitante, es necesario destacar que nuestra legislación prevé tanto la información al solicitante sobre sus derechos, en particular de intérprete y asistencia letrada, como del procedimien-

³⁹. El art. 4.1 de la Ley de asilo establece: "Los extranjeros que pretendan solicitar asilo encontrándose ya en territorio español deberán presentar su solicitud mediante una comparecencia personal ante la dependencia que corresponda. En caso de imposibilidad física o legal del interesado, podrá presentar su solicitud a través de representante acreditado por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna. En este último caso el solicitante deberá ratificar la petición una vez desaparezca el impedimento". En la práctica, como señalan I. ALARCÓN MOHEDANO, T. MARAÑÓN MAROTO, L.V. DE MARTÍN SANZ, *Derecho de Extranjería. Práctica administrativa y jurisdiccional*, Madrid, 2002, p. 641, el solicitante pide cita telefónica a través del Ministerio del Interior, el cual señala un día para que el interesado acuda a la cita. Podríamos entender que la simple llamada equivale a la solicitud de asilo desplegando los efectos de no expulsión, autorización de permanencia provisional, suspensión del procedimiento de extradición... Sin embargo no tiene ningún documento que le acredite frente a terceras personas que está pendiente de formalizar su solicitud de asilo. Si la policía pidiera la documentación a dicho extranjero en tanto que le llega la cita para realizar la entrevista, entendemos que se puede comprobar en los archivos informáticos de la Oficina de Asilo que tiene pendiente una cita para formalizar la solicitud.

⁴⁰. Las citadas dependencias contarán con formularios específicos en castellano y otras lenguas que serán cumplimentados y firmados por los solicitantes de asilo. En ellos consignan sus datos (Parte A del Formulario), su estado documental (parte C del formulario), el itinerario recorrido (Parte D), ya que se requiere la procedencia directa del país perseguidor o, al menos de otro en el que no se hubiese podido solicitar asilo, pues de lo contrario se incurrirá en una de las causas de inadmisión a trámite. Y, además, se deberán exponer de forma detallada los hechos, datos o alegaciones en que fundamente sus pretensiones (Parte E del formulario). El solicitante también habrá de designar, en su caso, las personas que dependen de él o formen su núcleo familiar, indicando si solicita para ellas asilo por extensión, en virtud de lo dispuesto en el art. 10 de la Ley de Asilo (parte B del formulario). Si dichas personas se encuentran en territorio español, deberán comparecer personalmente junto al solicitante, aportando su documentación personal si solicitan la extensión de asilo. Si no se solicita la extensión familiar de asilo, se anotarán los nombres y datos documentales de las personas que el solicitante declare como dependientes. A la solicitud se acompañará fotocopia del pasaporte o título de viaje (del que posteriormente hará entrega si su solicitud es admitida a trámite), así como cuantos documentos de identidad personal o de otra índole estime pertinentes en apoyo de la misma. Si no aportase ningún tipo de documentación personal deberá justificar la causa de dicha omisión.

to y las posibilidades de entrar en contacto con un representante de ACNUR (art. 5 y 19 del reglamento)⁴¹.

Las autoridades están claramente identificadas⁴², y en el caso de las encargadas de recibir las solicitudes cuentan con instrucciones claras de no expulsar a ningún extranjero que desee presentar una solicitud de asilo⁴³.

Por último, el solicitante cuenta con la posibilidad de que tanto la resolución en la que se deniega la admisión a trámite, como aquella en la que no se reconoce la condición de refugiado y se deniega el asilo sean recurridas ante una instancia judicial, en particular, ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 21 de la Ley y 39 del Reglamento)⁴⁴. Además en el caso de que la solicitud sea presentada en la frontera y no sea admitida a trámite se prevé la posibilidad de solicitar un reexamen (art. 5.7 de la Ley y 21 del Reglamento).

⁴¹. En el momento de presentar la solicitud se dará información útil a los solicitantes (folleto elaborado por la Administración en colaboración con ACNUR y las ONG's que tengan entre sus objetivos la ayuda a refugiados) con el fin de que éstos entren en contacto con las organizaciones que estimen oportunas (art. 5.1 Rgto). En el caso de que la solicitud se presente en la frontera, se autoriza al representante de ACNUR en España a entrevistarse con el solicitante, siéndole comunicada la solicitud inmediatamente que esta se efectúe. Además, a los solicitantes en territorio nacional la autoridad a la que se dirijan informará de la necesidad de aportar las pruebas o indicios en que basen su solicitud, así como de los derechos que les corresponden –no devolución, suspensión de proceso de extradición, comunicación a ACNUR de solicitud- en particular del derecho a intérprete y a la asistencia letrada. Dicha autoridad también facilitará al solicitante la atención médica cuando fuese preciso y le orientará acerca de los servicios sociales existentes para la cobertura de sus necesidades humanas inmediatas (art. 5.2 Rgto). Se informará también de sus obligaciones –colaborar plenamente con las autoridades españolas para la acreditación y comprobación de su identidad, así como de los hechos y alegaciones en que base su petición e informar a la mayor brevedad a las autoridades sobre su residencia o de los cambios que en ella se produzca así como de quienes formen su núcleo familiar-. En la práctica esta información se efectúa con la entrega del folleto y se firma la diligencia de información de derechos a los solicitantes de asilo.

⁴². En relación con la recepción de las solicitudes, los funcionarios de la OAR, Oficinas de extranjeros, funcionarios de policía, policía de fronteras. La resolución de las solicitudes corresponde en la fase de admisión a trámite al Ministro del Interior (art. 17 y 20 del Reglamento) y en la resolución que se adopta tras la admisión a trámite al Ministro del Interior o al Consejo de Ministros (art. 27.1 y 2 del Reglamento).

⁴³. En este sentido cf. I. ALARCÓN MOHEDANO, T. MARAÑÓN MAROTO y L.V. de MARTÍN SANZ, *op. cit. supra* nota 39, p. 626.

⁴⁴. La normativa española prevé incluso la posibilidad de plantear una especie de recurso de revisión en aquellos casos en que el solicitante tenga nuevos elementos probatorios de sus afirmaciones o considerase que justificaban la denegación han desaparecido (art. 9 de la Ley y 38 del Reglamento).

2. Derecho a la protección provisional mientras se analiza la solicitud

La llegada del solicitante al territorio o la frontera del Estado con la pretensión de solicitar asilo añade al derecho a solicitar asilo la garantía de su protección mientras se resuelve la petición. Las circunstancias que rodean al solicitante de asilo hacen imprescindible esa protección. El derecho a solicitar asilo implica, por tanto, el reconocimiento del derecho a permanecer en el territorio mientras recibe una respuesta definitiva a su solicitud. Esa permanencia puede dilatarse, por tanto, durante todo el tiempo que dure la tramitación de la solicitud, incluido el plazo necesario para que se resuelva el recurso interpuesto contra la resolución en la que se deniega lo solicitado⁴⁵.

Ahora bien, ¿implica lo dicho el derecho a entrar en el territorio del Estado cuando la solicitud se presenta en el puesto fronterizo?. Aunque posiblemente ello sería lo más solidario, la práctica seguida no permite dar a esta cuestión una respuesta afirmativa. En estos casos, algunos Estados, entre ellos España, retienen al solicitante en la frontera a la espera de una decisión inicial sobre la solicitud presentada (*admisión a trámite*) que de resultar favorable permitirá al solicitante de asilo entrar en el territorio del Estado⁴⁶.

La situación del extranjero retenido en la frontera puede plantear dudas a la hora de su calificación jurídica. Esta persona puede, si lo desea, dejar la frontera para dirigirse a un tercer país; de ahí que haya quien cuestiona que tal situación pueda ser calificada de detención. Pero, tiene su libertad de movimientos restringida, pues debe permanecer en los lugares habilitados al efecto en el puesto fronterizo. Esta retención, se califique como detención o no, ha de

⁴⁵. En ocasiones la inadmisión a trámite o la denegación del asilo va acompañada de una orden de salida del territorio o de devolución. La protección que debe dispensarse a los solicitantes de asilo debería dar lugar a la suspensión de la ejecución de estas órdenes si el particular recurre judicialmente estas decisiones. En Derecho español la suspensión de la orden de salida o devolución sólo está garantizada, previa solicitud, en aquellos casos en los que el recurso contencioso administrativo se interpone contra el acto que decide el reexamen y el representante del ACNUR en España hubiera informado favorablemente la admisión a trámite de la solicitud de asilo (art. 21.2 de la Ley de asilo). En los demás casos, la interposición del recurso contencioso administrativo, ante la AN (art. 11.1 a) de la LJCA), debe ir acompañada de la solicitud de medidas cautelares de suspensión del acto administrativo en el que se ordena la salida o devolución del extranjero.

⁴⁶. Esta es la razón que justifica la existencia en nuestra legislación de dos procedimientos de admisión a trámite. Uno, abreviado, para las solicitudes presentadas en la frontera, en los que los plazos son mínimos, y otro para el resto de las solicitudes. Cf. esquema del procedimiento seguido para la admisión a trámite incluido en el Anexo de este trabajo.

resultar respetuosa con los derechos humanos y, por tanto, esta situación no puede dilatarse excesivamente, resultando coherente aplicar a ésta el mismo plazo que exista para hacer comparecer a un detenido ante el juez.

En Derecho español, y a tenor de la regulación establecida en la Ley de asilo y en el Reglamento para su aplicación, los efectos de la presentación de las solicitudes no son los mismos en todo caso, sino que están relacionados con el lugar en que se haya presentado la solicitud. Mientras que la presentada en el territorio nacional autoriza la permanencia en España, la presentada en la frontera no comporta la autorización de entrada en el territorio⁴⁷. En este caso, el extranjero tiene que permanecer en el lugar habilitado para ello, en la zona de tránsito en los aeropuertos, por ejemplo, y no puede entrar en el territorio nacional. Este es sin duda alguna uno de los aspectos más polémicos de nuestra Ley y fue el que sirvió de base para la presentación, por el Defensor del Pueblo, del recurso de inconstitucionalidad de la Ley de 1994. Nuestro Tribunal Constitucional no ha considerado que exista contradicción entre el texto legal y nuestra Constitución, en particular el art. 17.2 relativo a la duración de la detención preventiva, y ha considerado que el extranjero está en situación de espera y no detenido, y que la espera no excede de lo estrictamente necesario y resulta ponderada⁴⁸.

3. Derecho a la no devolución al país en el que existe posibilidad de ser perseguido (*non-refoulement*)

Como ya se ha apuntado en este trabajo, el Convenio de Ginebra reconoció a los refugiados el derecho a no ser reenviados al país donde su vida o su libertad corriera peligro por causa de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social o de sus opiniones políticas (art. 33). Este dere-

⁴⁷. La presentación de la solicitud en el territorio nacional supondrá la autorización de permanencia provisional en España cualquiera que sea la situación jurídica del solicitante según la legislación de extranjería o la documentación de que disponga, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado de medidas cautelares y de los supuestos de inadmisión a trámite (art. 11 Rgto). Al solicitante de asilo se le proveerá de un comprobante de solicitud debidamente sellado, que se unirá a su pasaporte y le habilitará para permanecer en España por un periodo de sesenta días. Cualquier cambio de domicilio habrá de ser comunicado (art. 13.1 Rgto). Esta situación no se produce respecto de los solicitantes en la frontera, que deben permanecer en el puesto fronterizo durante la tramitación de la admisión a trámite y, en su caso, del reexamen. La equiparación con los solicitantes en territorio nacional en este punto sólo se produce cuando la solicitud es admitida a trámite.

⁴⁸. Cf. STC 53/2002, de 27 de febrero de 2002, fundamentos jurídicos 4-10.

cho ha de entenderse atribuido también a los solicitantes de asilo cuya devolución entrañe ese riesgo⁴⁹, pues su razón de ser estriba en la necesidad de protección que tienen estas personas y no en el hecho de que se les reconozca la condición de refugiado. Es ese fundamento el que ha provocado, como ya se ha apuntado, una ampliación de la obligación impuesta por el principio tanto desde el punto de vista subjetivo como material⁵⁰.

La necesidad de encontrar solución a la contradicción que puede producirse entre los deseos de expulsión o devolución de extranjeros, en este caso de solicitantes de asilo a los que se deniega su petición, y la imposibilidad de llevar a cabo estas medidas sin contravenir el principio de no devolución, hace imprescindible la cooperación internacional a fin de conseguir que terceros Estados, en particular los Estados de tránsito de estos solicitantes, que puedan considerarse seguros en cuanto a la protección de los derechos humanos, acepten a éstos en su territorio⁵¹.

La normativa española sobre asilo prevé que, solicitado el asilo en territorio español en los términos y plazos establecidos, el extranjero no podrá ser expulsado hasta tanto se haya analizado y resuelto su petición, sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan adoptarse por la autoridad competente (art. 12 Rgto)⁵².

IV. LAS PRÁCTICAS QUE LIMITAN O VULNERAN EL DERECHO A SOLICITAR ASILO

El derecho de cualquier persona a buscar asilo en cualquier país en caso de persecución se está viendo limitado en la práctica por varias circunstancias.

⁴⁹. En este sentido cf. G.S. GOODWIN-HILL, *op cit. supra nota 11*, pp. 137-138.

⁵⁰. Cf. *infra apartado relativo a la evolución del asilo*.

⁵¹. En la actualidad, y como consecuencia de la política restrictiva que en materia de inmigración mantiene nuestro país, se han concluido tratados internacionales con varios Estados con la finalidad de hacer efectiva la expulsión o devolución de cualquier extranjero, ya sea inmigrante económico o solicitante de asilo. Sobre esta cuestión cf. la referencia que en este trabajo se hace al tercer país seguro, *infra nota 119*.

⁵². Como medida cautelar, si el solicitante careciere de la documentación exigida para residir en España, el Ministerio del interior podrá acordar la fijación de residencia obligatoria al interesado hasta resolución definitiva del expediente, siéndole notificado dicho acuerdo por el Subdelegado del Gobierno de la provincia en que se encuentre (art. 14 Rgto). Así mismo, por razones de seguridad pública, el Ministerio del Interior podrá adoptar cualquiera de las medidas previstas en el art. 61 de la L.O. sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

De una parte estamos asistiendo al establecimiento de normativas internas que provocan un efecto disuasorio de la presentación de solicitudes de asilo, de otra, estamos comprobando como la práctica estatal y la legislación interna se combinan para impedir la presentación de las solicitudes.

Aunque en principio la legislación española sobre asilo parece ajustarse a las consecuencias que se derivan del derecho a solicitar asilo y a las recomendaciones efectuadas por el Comité Ejecutivo del ACNUR, es necesario destacar que existen también disposiciones en nuestra legislación y prácticas de nuestra administración que limitan el ejercicio del derecho a solicitar asilo y que pueden percibirse contrarias a nuestras obligaciones internacionales. Unas provienen del establecimiento de un plazo para la presentación de las solicitudes de asilo, otras están relacionadas con el lugar de presentación y, por último, nos encontramos con las derivadas del establecimiento de una fase de inadmisión a trámite en el que, por determinados motivos que operan de forma objetiva y sin valorar la situación individual, se rechaza el examen de fondo de las solicitudes.

1. El establecimiento de un plazo para la presentación de las solicitudes de asilo

La Convención de Ginebra de 1951 sobre estatuto de los refugiados no impone a quienes desean ver reconocida la condición de refugiado, la obligación de presentar la solicitud dentro de un plazo ni que lo hagan inmediatamente o sin demora a su salida del país de origen⁵³. La Convención sólo hace referencia a esta actitud –ponerse sin demora en contacto con las autoridades– para eludir la imposición de sanciones por parte del Estado⁵⁴. Claro que, la Convención tampoco prohíbe a los Estados partes imponer a los solicitantes la presentación de la solicitud dentro de un plazo.

En la práctica se observa que los ordenamientos internos de los Estados, como ocurre en el nuestro, establecen plazos para efectuar la petición de asilo. La razón de ser de esta actitud se encuentra en el deseo de evitar solicitudes ex-

⁵³. En este sentido es necesario tener en cuenta que la Convención de Ginebra no regula las cuestiones relacionadas con el procedimiento a seguir para obtener la condición de refugiado.

⁵⁴. De acuerdo con este art. 31 de la Convención de Ginebra, la Ley española sobre asilo prevé que la entrada ilegal del solicitante en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos propios de la condición de refugiado siempre que se presente sin demora a las autoridades (art. 4.1).

temporáneas que se formulan con el único designio de evitar la expulsión⁵⁵. El incumplimiento del plazo no supone impedimento para presentar la solicitud y no puede, por tanto, considerarse una actuación que vulnere el derecho a solicitar asilo. Sin embargo, si tenemos en cuenta que las solicitudes presentadas fuera de plazo no son admitidas a trámite sistemáticamente, si constituye una violación del derecho del solicitante a que su petición sea examinada de forma individual y con especial consideración de sus circunstancias personales.

La legislación española impone al extranjero la obligación de presentar la solicitud dentro de un plazo. La solicitud de asilo en el interior del territorio español⁵⁶ habrá de presentarse en un plazo de un mes a contar desde la entrada en el mismo, salvo que el extranjero disfrute de un periodo de estancia legal superior al citado, en cuyo caso podrá presentarse antes de la expiración del mismo. En el caso de los refugiados *sur place*⁵⁷ el plazo de un mes se computará a partir del momento en que hayan acontecido los hechos que justifiquen su temor de persecución.

El incumplimiento del plazo es percibido por la Administración española como circunstancia que justifica la inadmisión a trámite (art. 7.2 Rgto). En consecuencia, el solicitante habrá de destruir, si quiere que su solicitud sea admitida, la presunción de falta de fundamento. Ello resulta, a todas luces, excesivo. Quizá por ello, nuestro TS haya advertido, en alguna ocasión, que corresponde a la Administración la prueba de que el solicitante se encuentra en nuestro territorio más de un mes⁵⁸.

La apreciación de esta circunstancia de forma automática y sin atender a las circunstancias del caso concreto, como ocurre en la práctica, constituye una restricción evidente de las consecuencias que se derivan de la existencia

⁵⁵. En este sentido cf. Dictamen del Consejo de Estado nº 1492/94, p. 18.

⁵⁶. No se impone un plazo para presentar las solicitudes en la frontera ya que resulta evidente que éstas se presentan en el mismo momento en que se impide la entrada del extranjero en el territorio. Tampoco se manifiesta nuestra legislación sobre la existencia de un plazo para presentar la solicitud en embajadas u oficinas consulares, aunque resulta evidente que el acceso a la misión con esta finalidad implica la presentación inmediata de la solicitud.

⁵⁷. Se encuentran en esta situación aquellos extranjeros que una vez que se encuentran fuera de su país se convierten en refugiados como consecuencia de una circunstancia sobrevenida en el país de origen que justifica la existencia de fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas.

⁵⁸. Sentencia TS de 8 de noviembre de 1986 (Sala 3ª) en la que se exige la prueba de la estancia ilegal a través de algún dato o elemento de juicio.

del derecho a solicitar asilo, pues impide la apreciación individualizada de la solicitud. El incumplimiento del plazo establecido puede deberse a causas o motivos que nada tienen que ver con la presentación de una solicitud manifiestamente infundada⁵⁹, y lo más correcto sería analizar esta circunstancia en función del caso concreto. Incluso, lo más conforme con el Derecho Internacional sería la admisión a trámite de la solicitud, si hay razones para ello, y la imposición de una sanción al solicitante que, por respeto al principio de no devolución, debería consistir en una multa⁶⁰.

2. Lugar de presentación de las solicitudes y las dificultades de acceso

En segundo lugar, es necesario poner de relieve que el ejercicio de este derecho se encuentra en íntima conexión con el lugar previsto para presentar la solicitud. Como ya se ha apuntado el derecho a solicitar asilo implica el derecho a acceder a éste.

La variedad de posibilidades prevista en nuestra legislación permite considerar esta regulación favorecedora del ejercicio del derecho a solicitar asilo. Sin embargo esa apariencia resulta contrarrestada por la interpretación que en la práctica se hace de estas disposiciones. La administración española no permite la presentación de una solicitud de asilo sin que el extranjero haya salido de su país de origen o residencia o, por decirlo de otra forma, sin que haya cruzado una frontera. Al extranjero le resulta por tanto imposible presentar una solicitud de asilo en las embajadas o consulados españoles situados en el territorio de su país de origen o residencia.

La posición española es consecuencia de la equiparación efectuada entre asilo y refugio y del concepto de refugiado establecido en la Convención de Ginebra y el protocolo de Nueva York⁶¹. Al definirse a éste como persona que se encuentra fuera de su país de origen o residencia, se exige el cruce de la frontera para presentar la solicitud. En consecuencia el extranjero sólo puede presentar una solicitud de asilo en las embajadas y consulados españoles situados en un tercer Estado, pues sólo tras la salida del país de origen o residencia adquiere la condición de refugiado que le legitima a obtener asilo.

⁵⁹. De ahí que en alguna ocasión nuestra Audiencia Nacional haya estimado el recurso presentado y haya decidido admitir a trámite una solicitud presentada fuera de plazo por considerarlo justificado. Cf. sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 8ª, de 18 de septiembre de 2002.

⁶⁰. Según el régimen sancionador de la Ley extranjeros (art. 57.1), al considerarse falta grave la sanción puede consistir en expulsión o multa.

⁶¹. Cf. *supra* nota 24.

Esta interpretación, y la práctica que comporta, parte de una concepción errónea. Una cosa es el derecho a solicitar asilo, que debe estar abierto a todos y otra su concesión. Permitir el uso de las embajadas y consulados españoles en el país de origen o residencia para presentar una solicitud de asilo resulta coherente con las consecuencias del reconocimiento de tal derecho. El que su concesión quede restringida a quienes se encuentran fuera de su país es algo que debe ser apreciado en una etapa posterior, en particular, en el momento de la admisión a trámite de la solicitud o de su resolución, y, por tanto, a la hora de determinar el tipo de protección dispensable. Permitir el uso de las embajadas y consulados del país de origen para presentar una solicitud de asilo, debería ir acompañado de una predisposición por parte del Estado para facilitar la salida del extranjero del país. Lo más solidario sería otorgar el permiso para trasladarse a nuestro país hasta que se de una solución definitiva a la petición.

Sin embargo, la práctica se encuentra a años luz de semejante apreciación. Por ello, la imposibilidad de presentar una solicitud en las embajadas y consulados del país de origen actúa indirectamente como límite al ejercicio del derecho a solicitar asilo; límite que se convierte, en ocasiones, en obstáculo insalvable si tenemos en cuenta las dificultades con las que puede encontrarse el extranjero para salir del país de origen.

De entre ellas, además del endurecimiento de la normativa en la que se fijan las condiciones y documentos necesarios para que los extranjeros puedan acceder al territorio español⁶², la más grave quizá sea la que provoca el establecimiento de sanciones a las compañías de transporte que faciliten la llegada al territorio español de extranjeros sin la debida documentación.

⁶². En este sentido es necesario advertir que la entrada a España de los nacionales de la mayoría de países está condicionada a la obtención de un visado. Aunque los solicitantes de asilo están exentos de cumplir con esta exigencia, no está de más advertir que los países a cuyos nacionales se exige visado son los que en la práctica más solicitudes de asilo provocan. El Reglamento CE 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001 establece la lista de Estados cuyos nacionales habrán de estar provistos de visado para cruzar las fronteras exteriores de la UE, Reglamento que ha sido modificado para incluir a Ecuador y excluir a Rumania, por el Reglamento CE 453/2003 del Consejo, de 6 de marzo de 2003 cuya aplicación se producirá a partir del 1 de junio de 2003. Si observamos los datos estadísticos del Anuario estadístico de extranjería correspondiente al 2001 y elaborado por la Delegación del Gobierno para la extranjería y la inmigración, comprobamos que el 99,3% de las solicitudes de asilo (7554 de 7606) corresponden a países a cuyos nacionales se exige visado para entrar en España. Los países que generaron más solicitantes de asilo en ese año fueron Cuba (2135), Colombia (1632), Nigeria (1314) y Sierra Leona (603), representando las solicitudes presentadas por estos cuatro Estados el 75% del total. Según los datos publicados en el Boletín estadístico de asilo del Ministerio del interior en los meses de enero, febrero y marzo de 2003, todas las solicitudes de asilo presentadas hasta ese momento corresponden a países a cuyos nacionales se impone el visado, a excepción de Argentina, cuyos nacionales presentaron 4 solicitudes en marzo de 2003.

La imposición de sanciones a los transportistas que trasladen extranjeros que no estén en posesión de la documentación precisa fue una de las obligaciones asumidas por los Estados partes en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, de 19 de junio de 1990⁶³. Tras prever el establecimiento en las legislaciones nacionales de la obligación de los transportistas de hacerse cargo del extranjero al que se hubiera negado la entrada en el territorio y de tomar todas las medidas necesarias para asegurarse que el extranjero tiene en su poder los documentos exigidos para entrar en el territorio (art. 26.1), el párrafo segundo de esta misma disposición establece:

“Sin perjuicio de sus compromisos resultantes de su adhesión a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, relativa al estatuto de los refugiados, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, y respetando su derecho constitucional, las Partes contratantes se comprometen a establecer sanciones contra los transportistas que, por vía aérea o marítima, transporten desde un tercer Estado hasta el territorio de las partes contratantes, a extranjeros que no estén en posesión de los documentos de viaje exigidos”.⁶⁴

En el ámbito comunitario esta regulación se ha visto completada con la Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, *por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985*. Con la trasposición de este acto⁶⁵ se amplía la obligación de hacerse cargo del extranjero a los viajeros en tránsito si la compañía de transporte que debería trasladarlo a su destino se negara a ello, o si el Estado de destino hubiera denegado su entrada y lo hubiera devuelto al Estado de tránsito (art. 2), y se prevé que los Estados miembros obliguen a los transportistas que no puedan devolver al extranjero, a encontrar los medios para su devolución inmediata y a cargar con los costes de ésta o, si su devolución inmediata no fuera posible, de los gastos de estancia y regreso.

Junto a ello, la directiva citada prevé la imposición de sanciones, que califica de *disuasorias, efectivas y proporcionales*, en virtud de lo establecido en el art. 26.2 del Convenio de Schengen, y para las que fija cantidades mínimas y máximas (art. 4).

En Derecho español, el cumplimiento de la obligación asumida como Estado parte en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de

⁶³. BOE de 5 de abril de 1994; C.E. BOE de 9 de abril de 1994.

⁶⁴. El párrafo tercero de esta misma disposición extiende su alcance a los transportistas de grupos que realicen enlaces internacionales por carretera en autocar, con excepción del tráfico fronterizo.

⁶⁵. Que debía producirse antes del 11 de febrero de 2003 (art. 7.1 de la Directiva).

1985⁶⁶, se hizo efectivo con la modificación efectuada, por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre⁶⁷, en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social⁶⁸. El nuevo texto obliga a los transportistas a realizar la debida comprobación de la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los extranjeros (art. 66)⁶⁹, y califica de infracción *muy grave* el transporte de extranjeros sin haber efectuado tal comprobación (art. 54.2). Infracción que, además de la correspondiente sanción⁷⁰, impone al transportista la obligación de hacerse cargo del extranjero y transportarlo de nuevo al país de procedencia, al que hubiera expedido el documento de viaje o a cualquier otro Estado donde esté garantizada su admisión. La única excepción recogida a estas obligaciones se concreta en el traslado de extranjeros a España desde un país en el que esté en vigor el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (art. 30.4 y 6 del Reglamento). Junto a ello, la Ley prevé un supuesto en el que el traslado de indocumentados o extranjeros insuficientemente documentados no será considerado infracción. Es el caso en el que el extranjero solicite asilo y su solicitud sea admitida a trámite⁷¹.

⁶⁶. Ratificado por nuestro país en 1993, mediante instrumento de ratificación de 23 de julio.

⁶⁷. BOE de 23 de diciembre de 2000; C.E. BOE 23 de febrero de 2001.

⁶⁸. BOE de 12 de enero de 2000.

⁶⁹. La exigencia del cumplimiento de esta obligación por las empresas de transporte por carretera fue aplazada hasta que transcurriera el plazo de un año desde la entrada en vigor del Reglamento de aplicación de la ley de extranjería; esto es hasta el 1 de agosto de 2002 (Disposición transitoria cuarta y Disposición final quinta del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de aplicación de la ley sobre extranjeros).

⁷⁰. La sanción prevista para estas infracciones muy graves es la de multa cuya cuantía puede oscilar entre 6.010,13 y 60.101,21 euros (art. 55 de la Ley y Resolución, de 22 de octubre de 2001 (BOE de 2 de noviembre de 2001), por la que se da publicidad a las equivalencias pesetas-euros de las sanciones tipificadas en dicha disposición.

⁷¹. A esta disposición se presentó una enmienda que el Partido Popular se negó a aceptar, en la que se preveía la no infracción de las compañías con la mera solicitud de asilo. La exigencia de admisión a trámite supone un plus añadido para las compañías de transporte que además restringe en la práctica el derecho a solicitar asilo. Sobre las sanciones a las compañías de transporte en relación con traslado de extranjeros cf. J.M. GARCÍA CATALÁN, *Infracciones, sanciones y procedimiento en la Ley y el Reglamento de Extranjería*, Barcelona, 2002, pp. 104-106 y 449-452, así como las referencias contenidas en algunas obras relacionadas con la Ley de extranjería, ad. ex., P. AGUELO NAVARRO y A. ALVAREZ RODRÍGUEZ, *Normativa comentada sobre el Derecho de Extranjería*, Valladolid, 2001, pp. 93-96 y 118-119; I. ALARCÓN MOHEDANO, T. MARAÑÓN MAROTO, L.V. DE MARTÍN SANZ, *op. cit. supra nota 39*, pp. 105-107; D. Bouteillet-Paquet, *op. cit. supra nota 4*, pp. 214-216; D. LÓPEZ GARRIDO, *op. cit. supra nota 4*, pp. 188-191, y M. LÓPEZ MUÑOZ GOÑI, *La nueva ley de extranjería. Guía práctica y jurisprudencia*, 2ª ed., Madrid, 2001, pp. 849-853;

Esta regulación puede ser modificada si prospera, como es de prever, la modificación aprobada por el gobierno español el 23 de mayo de 2003 y remitida a las Cortes⁷². Este cambio introducirá en nuestro ordenamiento interno las medidas necesarias para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la directiva comunitaria de 2001, pues prevé la ampliación de la obligación de los transportistas de encargo y traslado para aplicarla a los extranjeros en tránsito⁷³, cuyo incumplimiento se considera infracción muy grave⁷⁴, y modifica la cuantía de las sanciones para adaptarlas a lo previsto en la directiva comunitaria⁷⁵. Pero, además, esta reforma incorporará otras cuyo establecimiento no encuentran justificación en el cumplimiento de la normativa comunitaria. El gobierno tiene intención de imponer a las compañías de transporte obligaciones adicionales, en particular la de proporcionar, antes de que se inicie el transporte, una relación de los extranjeros con su correspondiente identificación⁷⁶, cuyo incumplimiento también se califica de infracción muy grave⁷⁷. Para evitar que el establecimiento de un sistema común de asilo en la UE impida que estas propuestas se conviertan en ley o sean modificadas en el futuro, a medida que avance el establecimiento de ese sistema común de asilo en la UE, el gobierno español ha presentado una iniciativa con vistas a la adopción de una directiva por el Consejo sobre esta obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas⁷⁸. Con ella, nuestro país pretende⁷⁹ que se incorpore al Derecho comunitario esta obligación y la imposición de sanciones con motivo de su incumplimiento⁸⁰.

La imposición a las compañías de transporte de la obligación de comprobar que el extranjero cuenta con la documentación necesaria para entrar en España y que ésta sea válida, hace que éstas realicen funciones que corresponden

⁷². BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, de 20 de junio de 2003, Serie A, nº 160-1.

⁷³. art. 66.c de la propuesta.

⁷⁴. art. 54.2 c de la propuesta.

⁷⁵. Art. 55 de la propuesta.

⁷⁶. Obligación que se pospone para el transporte terrestre internacional hasta que el gobierno adopte las modalidades, limitaciones, exigencias y condiciones de su cumplimiento (art. 66. a de la propuesta).

⁷⁷. art. 54.2 b de la propuesta.

⁷⁸. Cf. Iniciativa del Reino de España con vistas a la adopción de una Directiva del Consejo sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (2003/c 82/08) DOCE de 5 de abril de 2003.

⁷⁹. Al amparo de las posibilidades de aumentar el control en las fronteras contempladas en la Decisión del Comité Ejecutivo de Schengen (SCH/com-ex (94) 17-4ª rev).

⁸⁰. Lo que falta en la iniciativa española es la calificación del incumplimiento de esta obligación como infracción muy grave a tenor de la sanción prevista (art. 2 de la iniciativa).

a los órganos de seguridad del Estado⁸¹, con las consecuencias que de ello se derivan. La negativa de la compañía al traslado con la finalidad de evitar ser sancionada, puede situar al los particulares en situación de indefensión⁸².

Además, la imposición de sanciones a las compañías aéreas por el transporte de extranjeros indocumentados o deficientemente documentados constituye una infracción del Anexo 9 del Convenio de Chicago, de 7 de diciembre de 1944, sobre aviación civil internacional⁸³. Este anexo, aunque impone a los transportistas, amén de otras⁸⁴, la obligación de tomar precauciones en el punto de embarque con el fin de que los pasajeros lleven consigo los documentos de control prescritos por los Estados (norma 3.37), impide la imposición de multas a las compañías *salvo que existan pruebas de que el transportista actuó con negligencia* (norma 3.37.1), recayendo la carga de la prueba en la Administración estatal⁸⁵.

⁸¹. Tales actuaciones podrían ser imputadas al Estado según las normas del Derecho Internacional que rigen esta materia. Tal y como ha recogido la CDI en su proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, se consideran hecho del Estado: 1. el comportamiento de una persona o entidad que no es órgano del Estado pero que esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad (art. 5); y 2. el comportamiento de una persona o grupo de personas si esa persona o grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento (art. 8). Cf. en este punto el Comentario al artículo 5 efectuado por la propia CDI en Doc. A/56/10 *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53º periodo de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001)*, p. 78-81, en particular la referencia a las compañías aéreas efectuada en la p. 78, y el comentario al art. 8, pp. 92-97, en particular, p. 92-93. Las consecuencias de lo dicho serían importantes en el caso de que esas actuaciones supusieran la comisión de un ilícito internacional. Sin embargo la comprobación de la validez y pertinencia de la documentación del extranjero no supone una vulneración de obligación internacional alguna.

⁸². La reclamación del particular a la compañía habrá de enfrentarse a la existencia de la obligación de comprobación impuesta a la compañía y ante la previsible apreciación de la mala fe del extranjero.

⁸³. El anexo 9 del Convenio de Chicago fue revisado por última vez tras las recomendaciones efectuadas en la Décima Reunión departamental (Montreal, septiembre de 1988). Tales enmiendas entraron en vigor el 30 de julio de 1990, siendo aplicables desde el 15 de noviembre de 1990. El texto de este Anexo puede consultarse en OACI, *Normas y métodos recomendados internacionales. Anexo 9 al Convenio de Chicago sobre aviación civil internacional*, 9ª edición, julio 1990.

⁸⁴. Las normas 3.35 y 3.35.1 de este anexo imponen a los transportistas la obligación de hacerse cargo de los pasajeros hasta que se verifique su admisión en el territorio del Estado.

⁸⁵. En este sentido cf. F. CREPEAU, *Droit d'asile: de l'hospitalité aux controles migratoires*, Bruselas, 1995, p. 204. En España, el principio constitucional de presunción de inocencia recogido en el art. 24.2 de la Constitución opera a favor de las compañías e impone la carga de la prueba a quien considera que se ha producido un incumplimiento de las obligaciones establecidas; en este caso a la Administración española.

En relación con el derecho a solicitar asilo, es necesario tener en cuenta que, en España, los solicitantes de asilo están exentos de portar la documentación exigida a los demás extranjeros (art. 25.3 de la Ley de extranjería)⁸⁶. En virtud de lo establecido en esta disposición las compañías de transporte no deberían estar obligadas, a comprobar la adecuación y veracidad de la documentación de entrada si el pasajero advierte de su intención de solicitar asilo en España. Pero, la posibilidad de verse sancionadas si esa solicitud después no se presenta, propicia que, en la práctica, las compañías no distingan entre extranjeros y solicitantes de asilo a la hora de decidir sobre el transporte.

La imposición de sanciones a las compañías si la solicitud de asilo presentada no es admitida a trámite no resulta coherente con la previsión de la exención de documentación para los solicitantes de asilo. Si los solicitantes de asilo están exentos de portar la documentación exigida a la generalidad de extranjeros, las compañías de transporte no tienen ninguna razón para exigirselos y, por tanto, no cometen la infracción prevista en la Ley, y ello con independencia del éxito que tenga la solicitud de asilo. La inadmisión a trámite de la solicitud no puede provocar la conversión de una actuación conforme a lo previsto en la ley, en infracción muy grave. Ello dejaría sin sentido la exención prevista en el art. 25.3 de la Ley de extranjería.

Para el solicitante de asilo, la inadmisión a trámite comporta la terminación de la autorización de permanencia provisional en España⁸⁷, y activa las consecuencias que se derivan de la entrada irregular en el territorio español –expulsión, salvo que se haya conseguido la regularización, o devolución–, pero no parece correcto que ello permita imponer una sanción a la compañía de transporte, ajena, por lo demás, al procedimiento relacionado con la admisión a trámite de la solicitud.

Como consecuencia de la posible imposición de sanciones, las compañías se ven abocadas, si quieren evitar incurrir en infracción, a apreciar el éxito que la solicitud de asilo pueda tener en relación con su admisión a trámite. En este caso están emitiendo un juicio que en Derecho español corresponde a la Admi-

⁸⁶. En la mayoría de ocasiones quienes huyen de su país en busca de protección no cuentan con el tiempo suficiente ni se encuentran en condiciones de hacerse con la documentación necesaria. Esta es sin duda la razón que llevó a los negociadores de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados a prever la no imposición de sanciones por la entrada ilegal en el territorio del Estado. Cf. *The Refugee Convention, 1951. The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. P. Weis*, Cambridge, 1995, pp. 278-304.

⁸⁷. Art. 11 del Reglamento de la Ley de asilo.

nistración⁸⁸ y, lo que es aún más grave, es que éste se produce sin las garantías que al extranjero otorga la legislación española en el momento de presentar la solicitud, de procederse a su examen y decidir sobre su admisión. Nos referimos al derecho a intérprete, a la asistencia de abogado (art. 5.2; 8.4 y 19.2 del Reglamento), la posibilidad de entrevistarse con el representante de ACNUR en España (art. 20.1 a del reglamento) y la posibilidad de solicitar un reexamen⁸⁹ o de interponer recurso contencioso-administrativo ante la resolución en la que se inadmita a trámite su solicitud (art. 21.1 de la Ley y 39.1 del Reglamento).

En definitiva, la imposición de sanciones si la solicitud de asilo no es admitida a trámite opera, aunque sea indirectamente, como una restricción del derecho a solicitar asilo. La apreciación que las compañías de transporte hagan de cada caso, puede impedir al extranjero que busca asilo, acceder al territorio del Estado donde quiere presentar su solicitud. Esta situación, además podría considerarse contraria al art. 12.2 del Pacto sobre derechos civiles y políticos que reconoce a toda persona el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio y que no admite más restricciones que aquellas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 3 de esta misma disposición. La situación desesperada de quien busca protección y ve cómo se ponen obstáculos a la normal salida de su país, hace a estas personas presa fácil de las mafias que, valiéndose de situaciones desesperadas, hacen negocio poniendo en peligro la vida de las personas.

Si, con la finalidad de evitar la sanción, la compañía de transporte niega al extranjero sus servicios, esa negativa, unida a la exigencia de encontrarse fuera del país de origen o residencia para presentar la solicitud de asilo, supone un obstáculo excesivo, desproporcionado y, en ocasiones insalvable que ha de ser considerado una violación del derecho a solicitar asilo.

1. La no admisión a trámite de las solicitudes de asilo

Otro de los aspectos criticables, por las consecuencias que vierte sobre el derecho a solicitar asilo, es el establecimiento de una fase de admisión a trámite en el procedimiento para decidir sobre asilo y condición de refugiado.

^{88.} La autoridad competente para decidir sobre la admisión a trámite de una solicitud de asilo presentada en España es el Ministro del Interior (art. 17 y 20 del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo).

^{89.} Posibilidad prevista en nuestra legislación sólo para los supuestos de inadmisión a trámite de una solicitud presentada en la frontera (art. 5.7 de la Ley y tramitada por tanto a través de un procedimiento acelerado (arts. 5 de la Ley y 18-21 del reglamento).

El aumento del número de solicitudes de asilo que experimentaron algunos Estados occidentales en la década de los ochenta y principios de la de los noventa⁹⁰, y el retraso que el mismo imponía a la resolución por parte de los Estados, llevó al ACNUR, en defensa de los refugiados, a recomendar a los Estados la incorporación en sus procedimientos de una fase de admisión a trámite en la que de forma rápida pudiera evitarse la necesidad de analizar aquellas solicitudes que pudieran considerarse manifiestamente mal fundadas o abusivas, considerando tales, aquellas que no guardan relación con los motivos que justifican el reconocimiento de la condición de refugiado según el Convenio de Ginebra de 1951⁹¹. En la práctica es posible comprobar como algunos Estados, no respetan este criterio restrictivo a la hora de determinar que solicitudes se presentan manifiestamente mal fundadas o abusivas⁹².

En Derecho español, la incorporación de una fase de admisión a trámite en el procedimiento establecido para obtener asilo y el reconocimiento de la

⁹⁰. En relación con la evolución de las solicitudes de asilo en España y en general en la UE, cf. gráficos 3 y 4.

⁹¹. Cf. En su 34º periodo de sesiones (1983), el Comité Ejecutivo del ACNUR aprobó, por recomendación del Subcomité plenario sobre la protección internacional de los refugiados, la Conclusión nº 30 (XXXIV) sobre el problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas en la que “señaló que las solicitudes de la condición de refugiado por personas que indudablemente no tenían razones válidas para ser consideradas tales con arreglo a los criterios aplicables constituían un grave problema en varios Estados partes en la Convención de 1951 y en el Protocolo de 1967. Estas solicitudes constituyen una carga para los países afectados y van en detrimento de los intereses de los solicitantes que tenían razones válidas para pedir el reconocimiento como refugiados”, y “consideró que sería útil que los procedimientos nacionales para determinar la condición de refugiados incluyesen una disposición especial para tramitar de manera expedita aquellas solicitudes que a todas luces carezcan de fundamentos como para justificar un examen completo en todas las etapas del procedimiento. Esas solicitudes han sido calificadas como *claramente abusivas* o *manifiestamente infundadas* y cabe definirlas como aquéllas que son claramente fraudulentas o que no guardan relación con los criterios para la concesión de la condición de refugiado establecido en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 relativa al estatuto de los refugiados ni con otro criterio que justifique la concesión de asilo”.

⁹². En este sentido cf. G.S. GOODWIN-HILL, *op. cit. supra* nota 11, pp 346-348. En relación con esta práctica contraria a la interpretación restrictiva de este motivo de inadmisión de las solicitudes cabe advertir que la propuesta de directiva, de 18 de junio de 2002 (COM (2002) 326 final; 2000/0238 CNS) mantiene una posición amplia y que favorece la inadmisión de las solicitudes. Junto a los supuestos considerados determinantes del carácter manifiestamente infundado de la solicitud, más amplios que los estrictamente relacionados con la Convención de Ginebra y su Protocolo, prevé también la posible inadmisión de solicitudes infundadas con una relación de supuestos amplia que restringe las posibilidades de que el solicitante consiga que su petición sea examinada sobre el fondo.

condición de refugiado con esta finalidad, se produjo con la reforma de 1994⁹³. El art. 5.6 de la Ley prevé la posibilidad de inadmisión a trámite y se determinan los motivos que la provocan. Los artículos 17-23 del Reglamento regulan el procedimiento⁹⁴ y determinan los efectos de la inadmisión a trámite de una solicitud. La denominación establecida para el Capítulo II del Reglamento en el que se regulan estas cuestiones –Inadmisión a trámite– resulta revelador de la intención que subyace en estas disposiciones. Con la incorporación de esta fase tras la reforma de 1994, el legislador quiso dotarse de un procedimiento acelerado a través del cual poder librarse de la mayoría de las solicitudes que se presentan en nuestro país. La mayoría de las solicitudes de asilo presentadas en España, desde la entrada en vigor de la modificación de 1994, son inadmitidas a trámite, aunque la desproporción se ha acrecentado en los últimos años⁹⁵.

Entre las causas de inadmisión previstas por la Ley española (art. 5.6), se encuentran tanto las mencionadas por el Comité Ejecutivo del ACNUR⁹⁶, como otras, en particular:

- a. el que la solicitud constituya una mera reiteración de una solicitud ya denegada en España, siempre y cuando no se hayan producido nuevas circunstancias en el país de origen que puedan suponer un cambio sustancial en el fondo de la solicitud (art. 5.6 c),
- b. que la solicitud se base en hechos datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual, no fundamenten una necesidad de protección (art. 5.6 d),

⁹³ En la regulación anterior, el Reglamento de aplicación de la ley de asilo y la condición de refugiado de 1985 preveía la posibilidad de inadmitir a trámite una solicitud de asilo, pero esta inadmisión sólo se producía por concurrir alguno de los motivos contemplados como causa de denegación del asilo y que, relacionados con la comisión de determinados delitos (art. 3.4 de la Ley de 1984), La finalidad era, evidentemente, distinta a la que en la actualidad tiene la fase de inadmisión, reducir el plazo de resolución, no el de eludir el análisis de fondo de las solicitudes presentadas por motivos que no constituyen circunstancias personales del solicitante.

⁹⁴ En este punto se establecen dos procedimientos diferentes, uno para las solicitudes presentadas dentro del territorio, y otro, con una reducción de plazos, para las solicitudes presentadas en la frontera, en el que se prevé la posibilidad de solicitar el reexamen de la decisión de inadmisión a trámite.

⁹⁵ Sobre esta cuestión cf. gráfico nº 5.

⁹⁶ Entre las circunstancias que justifican la inadmisión a trámite de una solicitud de asilo, el art. 5.6 de la Ley menciona en primer lugar, las previstas en los artículos 1.F y 33.2 de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados de 1951, y el hecho de que en la solicitud no se alegue ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado (letras a y b de esta disposición).

- c. cuando no corresponda a España su examen de conformidad con los convenios internacionales en que sea parte (art. 5.6 e), o
- d. cuando el solicitante se halle reconocido como refugiado y tenga derecho a residir o a obtener asilo en un tercer Estado, o cuando proceda de un tercer Estado cuya protección hubiera podido solicitar (art. 5.6 f).

De entre éstas, las tres últimas suponen o pueden suponer, según la interpretación que de ellas se haga, una violación del derecho a solicitar asilo reconocido a todo individuo⁹⁷.

El hecho de que la solicitud se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o carentes de vigencia, se utiliza en la práctica como causa de inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas fuera de plazo⁹⁸ o de aquellas relacionadas con un *país de origen seguro*. En relación con este último supuesto se encuentra la última de las causas, aunque en este caso la inadmisión de la solicitud se produce cuando el solicitante procede de un *tercer país seguro* cuya protección hubiera podido solicitar.

La inadmisión de la solicitud cuando se considere que no corresponde a España su examen encuentra fundamento en la adopción del Convenio de Dublín, de 15 de junio de 1990, entre los Estados territorio Schengen, que en la actualidad se ha visto sustituido por el Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable de examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país⁹⁹.

⁹⁷. La primera de las mencionadas intenta proteger al Estado de la reiteración de las solicitudes que podría utilizarse con la finalidad de conseguir una permanencia provisional y eludir el regreso al país de origen cuando no hay motivos suficientes para recibir protección al amparo de esta legislación.

⁹⁸. Cf. la referencia que a esta cuestión se ha efectuado en el apartado 3.a. de este trabajo.

⁹⁹. DOCE de 25 de febrero de 2003 L/50. El reglamento entró en vigor a los 20 días de su publicación oficial, pero será aplicable a las solicitudes de asilo presentadas a partir del 1 de septiembre de 2003 y que desde ese momento será aplicable a cualquier petición de asunción de responsabilidad o de readmisión del solicitante sea cual sea la fecha en que haya sido cursada esa petición (art. 29). Este Reglamento es de aplicación en todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca. Entre Dinamarca y los Estados miembros sigue vigente el Convenio de Dublín. Al igual que ocurre entre los Estados miembros y Noruega e Islandia, países del territorio Schengen no miembros de la UE tal y como se establece en el Acuerdo, de 19 de enero de 2001, entre la Comunidad Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega relativo a los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar las peticiones de asilo presentadas en un Estado miembro o en Islandia o Noruega (art. 1 y Parte 1 del Anexo) (DOCE de 3 de abril de 2001, L. 93).

Nos encontramos, por tanto ante dos circunstancias, la relacionada con los países, de origen o tránsito, seguros, y la conectada con la determinación del Estado responsable de analizar la solicitud, que como vamos a comprobar suponen una violación del derecho a solicitar asilo reconocido por el Derecho Internacional.

a. Países seguros

La vinculación del asilo con los refugiados, y por tanto con personas que huyen de una persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o ideología política, ha traído como consecuencia la afirmación de que existen Estados incapaces de generar refugiados. Son los denominados países seguros.

En consecuencia, y con la finalidad de reducir las posibilidades de obtener asilo, algunos Estados, entre ellos los miembros de la UE, consideran inadmisibles las solicitudes de asilo presentadas por personas vinculadas, bien por nacionalidad o residencia, con tales Estados.

A ello se ha unido, con la finalidad de restringir la entrada y permanencia de extranjeros en el territorio, el deseo de deshacerse de aquellos solicitantes de asilo que, tras salir de su país con la intención de solicitar asilo, han transitado por algún país seguro en el que podrían haber solicitado asilo. Son los terceros países seguros.

En el ámbito de la UE y de los Estados pertenecientes al espacio Schengen, la posibilidad de eludir el examen de la solicitud y reenviar al extranjero a un tercer país seguro está prevista. Tanto el Convenio de Dublín (art. 3.5) como el Reglamento comunitario que lo sustituye (art. 3.3) advierten que los Estados conservan la posibilidad, en aplicación de su Derecho nacional, de enviar al solicitante de asilo a un tercer país respetando las disposiciones de la Convención de Ginebra.

Los Estados europeos, entre ellos España, contemplan en su Derecho interno la posibilidad de no admitir a trámite las solicitudes relacionadas con países seguros. Posibilidad contemplada también en la propuesta modificada de directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado¹⁰⁰, que de apli-

¹⁰⁰. COM (2002) 326 final; 2000/0238 (CNS).

carse supondrá, a buen seguro, la incorporación de nuevas causas de inadmisión¹⁰¹.

El problema que plantean las causas de inadmisión relacionadas con países seguros, ya sea el de origen o un tercero, es el de saber quién, cómo y con qué criterios se procede a esta calificación. En este sentido, es necesario advertir que todos los miembros de la UE se consideran países seguros. El Protocolo 29 al Tratado de la Comunidad Europea, introducido por el Tratado de Ámsterdam, sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea¹⁰² establece esta presunción y sólo admite tal posibilidad en cuatro supuestos, tres de ellos conectados con situaciones en las que en un Estado miembro existan situaciones críticas de falta de respeto de los derechos humanos, y el cuarto centrado en el caso de que el Estado miembro de la nacionalidad del solicitante así lo decidiera. Para el resto de Estados no se han aprobado aún las normas comunitarias conducentes a tal calificación. De aprobarse la propuesta modificada de directiva relativa al procedimiento antes mencionada, se habrán concretado los criterios a utilizar para determinar si un país ha de ser considerado seguro¹⁰³ y, probablemente, se habrá elaborado una lista de terceros países seguros¹⁰⁴.

¹⁰¹. En la propuesta de directiva, además de establecerse criterios para la aplicación de algunos de los motivos se incluyen supuestos hasta ahora no contemplados, al menos expresamente, como, por ejemplo, el supuesto en el que un tercer país hubiere hecho una petición de extradición y éste sea otro Estado miembro o un tercer país seguro (art. 25 d) de la Propuesta), o cuando el solicitante hubiere sido procesado por un Tribunal penal internacional (art. 25.e) de la propuesta).

¹⁰². Protocolo elaborado a iniciativa de España que pretendía impedir la posibilidad de que se otorgara asilo en cualquier Estado miembro a personas pertenecientes a grupos armados, como había ocurrido en alguna ocasión con miembros de ETA a los que Bélgica había concedido asilo.

¹⁰³. Los criterios y principios previstos en la propuesta de directiva se estructuran en dos grupos, uno para los terceros países seguros y otro para los países de origen seguros. Mientras que en los primeros lo determinante la observancia de las obligaciones internacionales relacionadas con los refugiados y de las derivadas del Derecho de los derechos humanos y, en el segundo caso, amén de la observancia de la normativa sobre derechos humanos, se hace referencia expresa a que el Estado constituya un Estado de Derecho, tenga estructuras democráticas y sea estable.

¹⁰⁴. Existe una iniciativa de Austria relacionada con los criterios para determinar los Estados que puedan calificarse de terceros Estados seguros en la que se incluye una lista de terceros Estados europeos seguros en la que se incluyen, tanto a los Estados no miembros pertenecientes al espacio Schengen (Islandia y Noruega), los candidatos a la ampliación de la UE (Bulgaria, Chipre, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Rumania) y Suiza. Para calificar como tercer Estado de seguro al resto se considera criterio determinante la participación en determinados convenios internacionales, contar con un procedimiento accesible al solicitante, prever la permanencia del

Por el momento, la apreciación del carácter seguro de los países de origen o terceros Estados corresponde a los Estados y, a menos que se hayan elaborado listas oficiales sobre países seguros¹⁰⁵, al órgano encargado de adoptar la decisión sobre la admisión a trámite de la solicitud de asilo.

En España, aunque alguna ONG ha advertido de la existencia de una lista elaborada por la Comisión interministerial de asilo y refugio (CIAR)¹⁰⁶, su existencia no ha sido confirmada por la administración española ni existe constancia cierta de su existencia ni de su carácter oficial. La Oficina de asilo y refugio y el Ministerio del Interior, órganos que intervienen en la fase de admisión a trámite¹⁰⁷, son los encargados de apreciar este carácter y de inadmitir a trámite las solicitudes, bien porque el país de origen del solicitante se considere seguro, cuya motivación se hace al amparo de la causa de inadmisión recogida en el art. 5.6 d de la Ley de asilo¹⁰⁸, o bien porque el solicitante procede de un tercer país seguro al amparo de los establecido en el art. 5.6 f) de la Ley de asilo¹⁰⁹.

solicitante durante el tiempo en que se evacua el procedimiento y gocen de protección contra los tratos inhumanos ocasionados por la repatriación. Los convenios que se consideran pertinentes son la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967, el Convenio de Roma de 1950 y el Pacto de 1966 de derechos civiles y políticos y su primer Protocolo (el del Comité de DH), a los que se añade, en caso de ser miembro del Consejo de Europa, el Convenio de Roma de 1950 y los Protocolos 6 y 11. La apreciación de la seguridad según la participación en los referidos tratados otorgaría tarjeta de seguridad a un centenar de Estados entre los que se encontrarían, por ejemplo, Sierra Leona o Argelia. En relación con el resto de criterios manejados por esta iniciativa cabría preguntarse lo siguiente: ¿basta con que esto esté previsto en la legislación del Estado, con lo cual la lista seguirá siendo amplísima, o habrá que apreciar estas circunstancias analizando la práctica, en cuyo caso puede que las etiquetas vayan desapareciendo llegando incluso a afectar a los propios miembros?. El criterio que se adopte puede determinar lo acertado del criterio.

¹⁰⁵. Como ocurre en Alemania. En este sentido cf. R. ARNOLD, "La réforme du droit d'asile", *RFDA*, 1994-2, pp. 276-284.

¹⁰⁶. Cf. Informe de Amnistía Internacional, *El asilo en España. Una carrera de obstáculos*, septiembre 2001, p. 60.

¹⁰⁷. Véase el cuadro sobre el procedimiento de asilo que figura en el Anexo de este trabajo.

¹⁰⁸. En la que se prevén inadmisibles las solicitudes que se basen en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual, no fundamenten una necesidad de protección.

¹⁰⁹. Disposición en la que se advierte de la no admisión de la solicitud cuando el solicitante proceda de un tercer Estado cuya protección hubiera podido solicitar.

Antes de la reforma introducida en 1994, se desestimaban las solicitudes de los nacionales o apartidas residentes en un Estado parte del Convenio de Roma o miembro del Consejo de Europa¹¹⁰ o que hubieran transitado por el territorio de un Estado miembro de la UE¹¹¹.

De la jurisprudencia española, en particular de las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional encargada de pronunciarse sobre los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las decisiones adoptadas en fase de admisión a trámite o relacionados con la denegación de asilo¹¹², cabe advertir la existencia de una presunción de país seguro respecto de todos los europeos, siendo habitual que se desestimen los recursos cuando el solicitante ha transitado, antes de llegar a España por alguno de ellos¹¹³. Junto a ello, nuestra Audiencia Nacional ha tenido en cuenta, en ocasiones, las circunstancias específicas existentes en los países de origen para apreciar el grado de seguridad existente y, en base a ello, estimar el recurso interpuesto y admitir a trámite de

¹¹⁰. Teniendo en cuenta que el Reglamento de 1985 de aplicación de la Ley de asilo y de la condición de refugiado de 1984 preveía la posibilidad de que el órgano instructor (Comisaría General de Documentación) podía recabar de los órganos de la administración del Estado cuantos informes estimare pertinentes (art. 29.3), el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre algunos casos. Cf. por ejemplo, los dictámenes emitidos por el Consejo de Estado en relación con determinados miembros del Consejo de Europa, en particular, Rumania (Dictamen del Consejo de Estado, de 21 de julio de 1994, expediente nº 1050/94 y Dictamen del Consejo de Estado, de 9 de mayo de 1996, expediente nº 911/1996), Bulgaria (Dictamen del Consejo de Estado, de 27 de julio de 1994, expediente nº 1036/94) y Checoslovaquia, aunque en el momento del dictamen ya se refería a la República Checa (Dictamen del Consejo de Estado, de 27 de enero de 1994, expediente nº 1538/93). Cf. también la sentencia de nuestro TS, de 15 de noviembre de 1993, donde se advierte que el cambio experimentado por la situación política de la antigua Checoslovaquia era motivo suficiente para considerar innecesaria la protección solicitada por motivos de persecución por razones de religión, en particular por la condición católica de la demandante.

¹¹¹. Cf. por ejemplo los Dictámenes del Consejo de Estado de 9 de mayo de 1996, expediente 875/96, relacionado con Portugal; de 20 de enero de 1994, expediente 1478/93, relacionado con Italia y Francia, el de 17 de marzo de 1991, expediente nº 55831 relativo a Italia, o el de 7 de marzo de 1991, expediente 5584, relacionado con Francia.

¹¹². Cf. esquema sobre procedimiento de asilo.

¹¹³. Cf. sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1ª, de 9 de enero de 2003 en la que el traslado en autobús del solicitante desde Ucrania a Barcelona y no haberse solicitado asilo en ninguno de los países de tránsito, se considera motivo a tener en cuenta para inadmitir a trámite la solicitud; o la sentencia de la sección octava de esta misma sala, de 30 de septiembre de 1999, en la que se confirma la inadmisión a trámite de un kosovar que antes de llegar a España ha transitado por otros países de nuestro entorno.

la solicitud, cuando aquélla no había superado esta fase¹¹⁴, o desestimarla y confirmar la decisión adoptada¹¹⁵ por el órgano administrativo correspondiente¹¹⁶.

En la práctica el deseo de eludir la utilización de estas causas para evitar el análisis de fondo de la solicitud lleva a los extranjeros que acceden al territorio o al puesto fronterizo a destruir sus documentos de identidad o de viaje. Sin papeles que les identifiquen como nacional de un determinado Estado o sin documentación que permita determinar los Estados de tránsito y con un relato detallado de las circunstancias que provocan los temores de persecución de los que deducir la existencia de indicios de la misma, es posible que la solicitud supere la fase de admisión, bien porque el órgano administrativo competente no se pronuncie en el plazo fijado al efecto¹¹⁷, bien porque emita una resolu-

¹¹⁴. Cf. sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 8ª, de 15 de octubre de 2002, relacionada con Sierra Leona; de 8 de octubre de 2002, respecto de Nigeria en la que se aprecia el recurso excesivo a la fuerza efectuado por el gobierno del país; o la de la Sección 1ª de esta misma sala, de 27 de septiembre de 2002, relacionada con la falta de protección en la que se encuentran los contrayentes de un matrimonio mixtos de nacionales de Armenia y Azerbaiyán, aunque en alguna ocasión se haya considerado a alguno de estos países como seguro, cf. *nota siguiente*.

¹¹⁵. Como ocurre en la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 8ª, de 3 de marzo de 1998, en la que el Tribunal aprecia el cambio político experimentado por el entonces Zaire y considerando que en el momento de la resolución ya no cabe apreciar la existencia de los fundados temores de persecución alegados por el solicitante y directamente relacionados con el gobierno de Mobutu que en el momento de la resolución ya no detentaba el poder en el país africano. También la Audiencia ha confirmado la decisión del órgano administrativo en relación con una solicitud de asilo presentada por un nacional armenio, cf. sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 15 de noviembre de 2002. Nuestro Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre el carácter seguro que presenta algún Estado africano, en particular Guinea Bissau, cf. Sentencia del TS, de 8 de febrero de 2003, en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 8ª, de 16 de junio de 1998).

¹¹⁶. Ya se trate del Ministro del Interior o del Consejo de Ministros en aquellos casos en los que la denegación del asilo corresponde al órgano colegiado por existir disconformidad entre la posición adoptada por la Comisión Interministerial de asilo y refugio y el Ministro del Interior (art. 27.2 del Reglamento).

¹¹⁷. El silencio administrativo presenta en este caso, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de conceder o denegar el asilo, un efecto positivo para el solicitante. Tal y como establecen los art. 5.7 de la Ley de asilo y 17.2 y 20.2 del Reglamento, el transcurso del plazo establecido para resolver sobre la admisión a trámite sin pronunciamiento expreso comporta la admisión a trámite de la solicitud.

ción expresa de admisión a trámite¹¹⁸ o bien porque el tribunal encargado de resolver el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el solicitante lo estime y decida admitir a trámite dicha solicitud¹¹⁹. De esta manera podrá conocerse del fondo del asunto en el que se valorarán los datos aportados y se determinará si el solicitante debe ver reconocida su condición de refugiado y por ello, obtener el asilo.

La inadmisión a trámite cuando el solicitante proceda de un tercer Estado cuya protección hubiera podido solicitar (art. 5.6 f) de la Ley de asilo) condicionada al respeto escrupuloso del principio de *non refoulement*, resulta contraria a la libertad que tienen los solicitantes de asilo de elegir el país ante el que presentar el asilo. Como ya se ha apuntado, la Declaración Universal de los derechos humanos advierte del derecho a solicitar asilo en cualquier país, existiendo una libertad de elección que no se encuentra restringida por la Convención de Ginebra de 1951. Ninguna de sus disposiciones obliga al refugiado a presentar la solicitud en el primer país en el que ponga el pie y pueda solicitar protección. Nos encontramos, pues, ante otra actuación, con la que se pretende hacer efectiva la idea de fortaleza, que se encuentra en colisión con el derecho a solicitar asilo por cualquier individuo y en cualquier país.

Para hacer efectiva la inadmisión a trámite de la solicitud y proceder a la expulsión o devolución del solicitante mediante el retorno al país de tránsito es preciso contar con el consentimiento de este tercer Estado, pues sólo el Estado de la nacionalidad está obligado a aceptar al solicitante en su país. Para asegurar ese placet y agilizar los trámites, España ha concluido tratados de readmisión de extranjeros con algunos países, en particular, los asiduos Estados de tránsito de quienes, por infinidad de motivos, llegan al nuestro con el deseo de solicitar asilo o simplemente vivir y trabajar en nuestro país. Son tratados bilaterales en las que aunque las obligaciones son asumidas por ambas partes sólo operar en una dirección, la del otro, obligado a aceptar la entrada de aquellos inmigrantes y solicitantes de asilo que antes de llegar a España hayan tran-

¹¹⁸. Es poco probable que la administración española admita a trámite una solicitud de quien no cuenta con pruebas de su nacionalidad o sobre la que existen dudas sobre la veracidad de la nacionalidad alegada. Generalmente en estos casos suele efectuarse un test sobre el país del que se dice ser nacional.

¹¹⁹. Lo que ya ha ocurrido en alguna ocasión. Nuestra Audiencia Nacional en la sentencia dictada el 15 de octubre de 2002 por la Sección 8ª de la Sala de lo contencioso-administrativo en el recurso interpuesto contra la inadmisión a trámite de la solicitud presentada por un nacional de Sierra Leona, se pronunció sobre la admisión a trámite de la solicitud considerando que el solicitante conoce aproximadamente la mitad de las cuestiones preguntadas y que de ello no cabe deducir, como hiciera la administración, que se carece de la nacionalidad invocada.

sitado por su territorio¹²⁰. Con la conclusión de estos tratados se puede asegurar la salida o devolución de los extranjeros, pero, para que se produzca con escrupuloso respeto del principio de *non refoulement*, el Estado que inadmite la solicitud de asilo o que deniega la condición de refugiado habrá de asegurarse de que el tercer Estado actuará de forma acorde con la protección del extranjero que impone el principio de no devolución¹²¹.

Con la aplicación generalizada de esta actuación por los Estados miembros de la UE y del espacio Schengen se está creando un cinturón de protección alrededor de estos países que está afectando de forma directa a los Estados europeos no miembros en la actualidad de la UE¹²². Dicho escudo protector y sus efectos irán desplazándose hacia el este y el sur del continente en la medida en que se produzcan ampliaciones en el número de miembros de la UE. Además, y como manifestación evidente de falta de solidaridad que manifiestan los miembros de la UE, ya se ha propuesto crear centros especiales para la retención de los solicitantes de asilo fuera de la UE¹²³, con el efecto negativo que ello puede tener en los países en los que éstos se ubiquen.

¹²⁰ En los últimos años, nuestro país ha concluido acuerdos sobre readmisión de personas en situación irregular con varios países, incluso en algún convenio sobre regulación y ordenación de los flujos migratorios, como el suscrito con Ecuador el 29 de mayo de 2001 (BOE de 10 de julio de 2001) también se incluye la obligación de readmitir a no nacionales que hayan transitado por el territorio de una de las partes antes de acceder al territorio de la otra parte. Además del Acuerdo, de 8 de enero de 1988, suscrito con Francia (BOE de 6 de mayo de 1989; CE BOE de 4 de septiembre de 1989), cf. los acuerdos suscritos con Bulgaria (Acuerdo de 16 de diciembre de 1996; BOE de 28 de febrero de 1997), Eslovaquia (Acuerdo de 3 de marzo de 1999; BOE de 20 de abril de 1999), Estonia (acuerdo de 28 de junio de 1999; BOE de 11 de mayo de 2000) Letonia (Acuerdo de 30 de marzo de 1999; BOE de 18 de abril de 2000), Italia (Acuerdo de 4 de noviembre de 2000; BOE de 7 de febrero de 2001), Lituania (Acuerdo de 18 de noviembre de 1998; BOE de 19 de abril de 2000), Marruecos (Acuerdo de 13 de febrero de 1992; BOE de 25 de abril de 1992), Portugal (Acuerdo de 15 de febrero de 1993; BOE de 31 de marzo de 1995), Rumania (Acuerdo de 29 de abril de 1996; BOE de 21 de junio de 1996).

¹²¹ Sobre las cuestiones relacionadas con el retorno a un tercer país seguro cf. G.S. GOODWIN-HILL, *op. cit. supra nota 11*, pp. 338-342.

¹²² Sobre esta cuestión y en general sobre los efectos de la política europea de asilo en relación con los países de Europa del Este cf. D. BOUTILLET-PAQUET, *op. cit. supra nota 4*, pp. 261-366. En los gráficos 6 y 7 puede comprobarse la diferente tendencia que ha experimentado la evolución de las solicitudes de asilo en Europa Central (creciente) y en la Unión Europea (menguante). Uno de los ejemplos prototípicos de la tendencia al alza experimentada por los países de Europa Central lo constituye la República Checa, cf. gráfico nº 8.

¹²³ En el Consejo de Ministros de Interior celebrado en la ciudad griega de Veira, en marzo de 2003, El Reino Unido propuso la creación fuera del territorio de los Estados miembros, en particular parece que se piensa en los Balcanes, Rusia y Ucrania, como lugares de destino, de centros especiales donde trasladar a los solicitantes de asilo mientras esperan la decisión adoptada respecto de su solicitud. Esta propuesta fue apoyada también por España e Italia.

b. Estado no responsable de conocer la solicitud de asilo.

El Convenio de Dublín¹²⁴ suscrito en 1990 por los Estados pertenecientes al espacio Schengen¹²⁵ tenía como finalidad declarada la de dar respuesta a la aparición de refugiados en órbita¹²⁶, situación considerada por la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos como un trato inhumano o degradante contrario al art. 3 del Convenio de Roma de 1950¹²⁷. No en vano el Preámbulo advierte de la necesidad de no dejar a un solicitante de asilo demasiado tiempo en la incertidumbre de no conocer el curso que pueda darse a su solicitud, de garantizarles que su solicitud será examinada por alguno de los Estados miembros dando a los solicitantes de asilo la seguridad de que un Estado analizaría su solicitud y de evitar que sean objeto de reenvíos sucesivos de un Estado miembro a otro sin que ninguno de ellos asuma la competencia del examen de la solicitud de asilo. De todas formas la seguridad de que uno de los Estados parte en el Convenio o miembro de la Unión vinculado por el Reglamento¹²⁸ examine la solicitud no está garantizada, pues es posible que se produzca el reenvío a un tercer país (art. 3.5 del Convenio y art. 3.3 del Reglamento 343/2003)¹²⁹.

Sin embargo sus efectos, tanto los del Convenio como los del Reglamento comunitario que lo sustituye, van más allá de este loable propósito. Con ellos se ha puesto fin a la libre elección del país al que se solicita asilo y a la posibilidad de presentar, sucesiva o simultáneamente, la misma solicitud en varios Estados (refugiados múltiples), en particular en los que sean parte en este tratado.

El Derecho Internacional no constriñe el ejercicio del derecho a solicitar asilo a que la solicitud se presente ante, ni sea examinada por, un país con el

¹²⁴. Convenio que vino a sustituir al Protocolo de Bonn, de 26 de abril de 1994 que a su vez había reemplazado las disposiciones del Convenio sobre la aplicación del Acuerdo de Schengen relacionadas con la competencia para el examen de las demandas de asilo (Título II, Capítulo VII).

¹²⁵. Este Convenio entró en vigor el 1 de enero de 1997.

¹²⁶. Sobre la determinación del Estado responsable de conocer las solicitudes de asilo, cf. D. BOUTILLET-PAQUET, *op. cit. supra nota 4*, pp. 201-220; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, 2002, pp. 226-242.

¹²⁷. Cf. Informe de 17 de Julio de 1980 en el asunto *Manitu Giama c. Bélgica*, Recueil des décisions et rapports de la Comisión européenne des droits de l'homme, vol. XXI, pp. 73-85.

¹²⁸. Dinamarca no ha participado en la adopción de este Reglamento ni está vinculada por el mismo (párrafo 18 del Preámbulo).

¹²⁹. En este sentido cf. N. BLAKE, "The Dublin Convention and Rights of Asylum Seekers in the European Union", en E. Guild y C. Harlow, *op. cit. supra nota 18*, p. 105.

que el solicitante tenga o haya tenido relación, ni prevé la pérdida del derecho tras la primera solicitud. Y esto es lo que ocurre en la práctica cuando el solicitante dirige su petición a uno de los Estados miembros de la UE o a Islandia o Noruega. En estos casos sólo un Estado, y siempre y cuando el solicitante no sea remitido a un tercer Estado, examinará la solicitud y la decisión adoptada producirá efectos extraterritoriales aunque limitados, eso sí, a estos diecisiete Estados¹³⁰. Contra lo dicho cabría señalar que admitir la posibilidad de plantear tantas solicitudes como Estados participan de este sistema no garantizaría al solicitante el éxito de su petición. Pero, aunque ello sea cierto, es necesario tener en cuenta que ello no legitima las restricciones al derecho a solicitar asilo y que, mientras estos Estados, y en particular los miembros de la UE, no tengan establecido un auténtico sistema común de asilo y sigan existiendo diferencias en sus legislaciones internas y su práctica¹³¹, nada garantiza que la respuesta de todos y cada uno de ellos será la misma y nada debería impedir el

¹³⁰. Aunque no existe ninguna disposición en el Convenio de Dublín ni en el Reglamento comunitario que prevea los efectos extraterritoriales de las decisiones adoptadas por el Estado responsable del examen de la solicitud de asilo, estos efectos son consustanciales con el sistema establecido. En este sentido cf. J. BOLTON, "From Schengen to Dublin: The New Frontier of Refugee Law", en H. MEIJER, *Schengen: Internationalisation of Central Chapter of the Law of Aliens, Refugees, Privacy, Security and the Police*, 2ª ed., Utrecht, 1992; pp. 26-28; D. BOUTILLET-PAQUET, *op. cit. supra nota 4*, pp. 205-207; R. FERNHOUT, "La détermination du statut de réfugié et le principe de 'Pays tiers sûr'", en J. Y. CARLIER, D. Vanheule (dir.) *Europe and Refugees: A Challenge?*, Kluwer, 1997, pp. 194-195. Aunque el Comité Ejecutivo del ACNUR ha considerado que la decisión favorable al reconocimiento de la condición de refugiado debe tener efectos extraterritoriales por ser favorable para el refugiado, ampliar su protección y resultar conforme con el propósito de la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York (Conclusión nº 12 (XXIX) adoptada en el 29º periodo de sesiones, 1978, sobre las consecuencias extraterritoriales de la determinación de la condición de refugiado), en ese mismo texto advierte de la improcedencia de extender tales efectos a las decisiones de inadmisión a trámite o de denegación de la condición de refugiado. En el punto ha de la citada conclusión el Comité Ejecutivo del ACNUR reconoce que la decisión de un Estado contratante de no reconocer la condición de refugiado no impedirá que otro Estado contratante examine una nueva solicitud presentada por la misma persona. Lo contrario resulta lesivo para los solicitantes de asilo y restrictivo de su protección.

¹³¹. Sobre la diferente protección en la UE derivada de las diferencias legislativas así como de la práctica seguida como evidencia la disparidad entre los miembros de la Unión Europea a la hora de interpretar el término persecución y los agentes de la misma, cf. D. BOUTILLET-PAQUET, *op. cit. supra nota 4*, pp. 242-246; N. BLAKE, *op. cit. supra nota 129*, pp. 110-111. A salvar estas discrepancias está destinada la propuesta de directiva del Consejo, de 12 de septiembre de 2001 por la que se establecen las normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar los ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional (COM (2001) 510 final; 2001/0207 (CNS)).

derecho de todo perseguido a solicitar asilo en el país que desee y a que sea éste el que examine su solicitud. El establecimiento definitivo del sistema común de asilo al que se aspira en la UE¹³² garantizará la homogeneidad de regulación y práctica, pero ello no impedirá que el sistema se perciba contrario con el derecho a solicitar asilo y al derecho del solicitante a buscar asilo en el país que desee y a que la solicitud sea examinada por ese Estado.

Con el establecimiento de un sistema común de asilo los miembros de la UE pretenden ser considerados como un solo país en relación con el ejercicio del derecho a solicitar asilo. Nadie discute que ello sea posible, pero ser un solo país, o contar con un verdadero sistema común de asilo, debería implicar una cesión completa de la soberanía que los miembros no parecen estar dispuestos a consentir. Las consecuencias que de ello se derivarían consistirían en el establecimiento de un modelo único de solicitud de asilo que se presentaría a la propia Comunidad Europea; el establecimiento de órganos comunes encargados recibir, examinar y resolver las solicitudes de asilo presentadas; el

^{132.} Según las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999, para conseguir un sistema común de asilo, esto es un procedimiento común y un concepto de refugiado y un estatuto jurídico uniforme, era imprescindible a corto plazo proceder a: 1) la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo; 2) el establecimiento de normas comunes para un procedimiento de asilo eficaz y justo, que se fundamentará, como se puede advertir teniendo en cuenta la propuesta modificada de directiva del Consejo, de 18 de junio de 2002, (COM (2002) 326, en una aceleración de los procedimientos permitiendo rechazar solicitudes sin entrar en el fondo ; 3) el establecimiento de las condiciones mínimas comunes para la acogida de los solicitantes de asilo, para lo que se ha aprobado la directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros (DOCE de 6 de febrero de 2003); 4) la aproximación de las normas sobre reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado que supere las diferencias que existen en las legislaciones de los Estados miembros, para lo que se elaboró una propuesta de directiva del Consejo, de 12 de septiembre de 2001, por la que se establecen las normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar los ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional, *cit supra nota anterior*. Todo ello debería completarse según el Consejo Europeo con medidas relativas a formas de protección subsidiarias que ofrezcan un estatuto adecuado a toda persona que necesite protección, para lo que se adoptó la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, en la que se establecen normas mínimas para conceder protección temporal a los desplazados en masa. Dicha directiva no resulta aplicable ni a Irlanda ni a Dinamarca.

establecimiento de un sistema de recursos eficaz al servicio de los solicitantes y, por supuesto, la incorporación al Derecho comunitario del contenido del Convenio de Ginebra de 1951 para asegurar su respeto en la actuación de estos órganos.

V. CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR ASILO

Las prácticas que hemos considerado -inadmisión a trámite de solicitudes por motivos que operan de forma automática y, por tanto, sin apreciación individualizada de la solicitud; vulneración del derecho a la libre elección del país de asilo; o los obstáculos que impiden la presentación de las solicitudes -, contravienen las consecuencias que se derivan del derecho a solicitar asilo, reconocido por el Derecho Internacional, y afectan a los particulares. Además, la imposición de sanciones a las compañías de transporte constituye una violación del Anexo IX del Convenio de Chicago cuando éstas se imponen sin probar la actuación negligente del transportista.

Frente a ellas, el particular, tanto las personas físicas como jurídicas, pueden encontrarse en situación de indefensión. Cometido el acto que provoca la violación del Derecho Internacional, éste habrá de intentar la reparación del daño causado mediante la utilización de los mecanismos que a su disposición ponga el Derecho interno del Estado al que quepa imputar el comportamiento que contradice las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional. Pero, en el caso de no obtener satisfacción su situación es bastante precaria y las posibilidades de obtener reparación resultan bastante limitadas cuando no nulas.

En relación con las compañías aéreas perjudicadas por la imposición de sanciones, especialmente cuando la compañía mantenga una especial vinculación o relación con el Estado de matrícula de sus aeronaves, puede existir cierto interés por parte de ese Estado en ejercer la protección diplomática. Las consecuencias que de tal reclamación se derivan y los caracteres de la misma hacen que su ineficacia abra la puerta a los procedimientos de arreglo pacífico de las controversias previstos por el Derecho Internacional o, de resultar ineficaces o su utilización imposible, a la posible utilización de los mecanismos de aplicación coactiva que el ordenamiento jurídico internacional pone a disposición de cualquier Estado.

Sin embargo la situación en la que se encuentran las personas físicas es bien diferente. En este caso, es necesario tener en cuenta que frente a estos ilí-

bitos internacionales el ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado del que sean nacionales resulta bastante improbable. Ya se ha advertido que los solicitantes de asilo se caracterizan por encontrarse en una situación en la que la relación de confianza con el país de origen se ha quebrado y no resulta imaginable ni que el particular recurra a él ni que éste vaya a ejercer *motu proprio* el derecho que tiene a que se respete en la persona de sus nacionales el Derecho Internacional.

Además los solicitantes de asilo que ven vulnerado su derecho a solicitar asilo en España o en los países de nuestro entorno, no tienen ninguna posibilidad de obtener protección a través de los mecanismos de salvaguarda de los derechos humanos articulados a nivel universal ni regional. Ni el Pacto de Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos, ni el Convenio de Roma reconocen entre los derechos protegidos el derecho a solicitar asilo con lo cual ni el Comité de Derechos Humanos, previa aceptación por parte del Estado, ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, instancias ante las que cabe la presentación de reclamaciones por los particulares, resultan competentes para conocer de las violaciones de éste derecho. Sólo en aquellos casos en los que la actuación estatal supusiera un incumplimiento del principio de *non refoulement* y una violación del art. 3 del Convenio de Roma cabría la posibilidad de acudir al sistema regional europeo de protección de los derechos humanos.

El hecho de que la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea haya recogido entre éstos el derecho al asilo¹³³ y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición¹³⁴, no mejora la situación¹³⁵. Sin embargo, abre la puerta a reflexiones muy interesantes pero que escapan al objeto fijado para este trabajo. ¿Cuál es el alcance del derecho recogido en el artículo 18? ¿Cabe considerarlo parte de los principios generales del Derecho con los que el TJCE ha incorporado los derechos fundamentales como parámetro de validez de los actos normativos de las instituciones? ¿Qué consecuencias

¹³³. El art. 18 de la Carta establece: "Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto a las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea".

¹³⁴. El art. 19.2 de la Carta establece que: "Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes".

¹³⁵. Sobre la eficacia de la Carta de Derechos fundamentales de la UE y sus posibilidades para actuar como parámetro de validez de los actos normativos de las instituciones comunitarias cf. A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *La Carta de derechos fundamentales de la UE*, Valencia 2001, pp. 147-175.

puede desplegar respecto de la normativa comunitaria establecida o por venir con la que se intenta construir un sistema común de asilo? ¿Quiénes podrán imponer el respeto?

VI. CONCLUSIONES

Lo deseos de combatir la inmigración de carácter económico y las políticas practicadas por algunos Estados para hacer efectiva la idea de fortaleza que impida la entrada de extranjeros, están provocando la aparición de normas y prácticas que suponen retrocesos del valor de solidaridad del que tan necesitada se encuentra la sociedad internacional.

Las consecuencias de éstas trascienden el ámbito de las políticas de inmigración. La permeabilidad de sus contornos está provocando efectos en otros ámbitos, en particular en la política de asilo.

Los cambios experimentados por ésta en los últimos años se muestran en algunos casos contrarios al derecho a solicitar asilo universalmente reconocido. La imposibilidad de presentar la solicitud como consecuencia de las restricciones impuestas para utilizar los órganos periféricos del Estado del que se busca protección, ubicados en el país de origen del solicitante, y las sanciones de las que son objeto las compañías de transporte cuando trasladan extranjeros sin la debida documentación; la inadmisión a trámite de las solicitudes sin una valoración individualizada de las causas que la justifican, como ocurre respecto de las presentadas por nacionales de países considerados seguros o por aquellos que han transitado por un tercer país seguro, y las consecuencias que se derivan de la normativa europea sobre determinación del Estado responsable de examinar las solicitudes de asilo, son algunas de ellas.

Estas violaciones del Derecho Internacional resultan especialmente graves si tenemos en cuenta la inexistencia, en estos casos, de mecanismos eficaces para luchar contra ellas e imponer el cumplimiento del Derecho internacional.

La contradicción y pugna existente en estos momentos entre *seguridad* y *solidaridad* se está decantando a favor de la primera. De continuar esta tendencia que vacía progresivamente de contenido el derecho a solicitar asilo, las consecuencias serán nefastas y, a buen seguro, lamentables.

El cumplimiento del Derecho Internacional vigente exige un cambio de dirección en las políticas de asilo y una apuesta por la solidaridad que en otros

tiempos ha informado el sentido y contenido de esta institución. Hoy, más que nunca, resulta imprescindible aunar esfuerzos con los que aislar y eliminar esas manifestaciones que pretenden invadirlo todo y restablecer la virtualidad del derecho a solicitar asilo. Este trabajo no pretende más que contribuir a ello.

En nuestras manos, en particular en las de los políticos, los internaciona-
listas y en las de la sociedad civil en general, está impedir que el derecho a so-
licitar asilo sea fagocitado por las tendencias que, en violación del Derecho In-
ternacional, pretenden instalarse en éste y convertirse, de ser aceptadas
universalmente, en norma, y que con ello el derecho a solicitar asilo expire su
último aliento.

ANEXO

1. Gráficos

- nº 1 Resolución de solicitudes de asilo admitidas a trámite en España (2000-2001)
- nº 2 Solicitudes de asilo en España según lugar de presentación 2001
- nº 3 Evolución solicitudes de asilo en España (1980-2001)
- nº 4 Evolución solicitudes de asilo en la UE (1980-2001)
- nº 5 Solicitudes de asilo admitidas y no admitidas España (1996-2001)
- nº 6 Evolución solicitudes de asilo Europa Central (1996-2001)
- nº 7 Evolución solicitudes de asilo UE(1996-2001)
- nº 8 Evolución solicitudes de asilo República Checa (1996-2001)

2. Procedimiento español para obtención de asilo y condición de refugiado

- Tramitación de solicitudes de asilo y refugio (1)
- Tramitación de solicitudes de asilo y refugio (2). Procedimiento de inadmisión a trámite
- Tramitación de solicitudes de asilo y refugio (3). Procedimiento tras la admisión a trámite.

GRÁFICOS



Gráfico 1

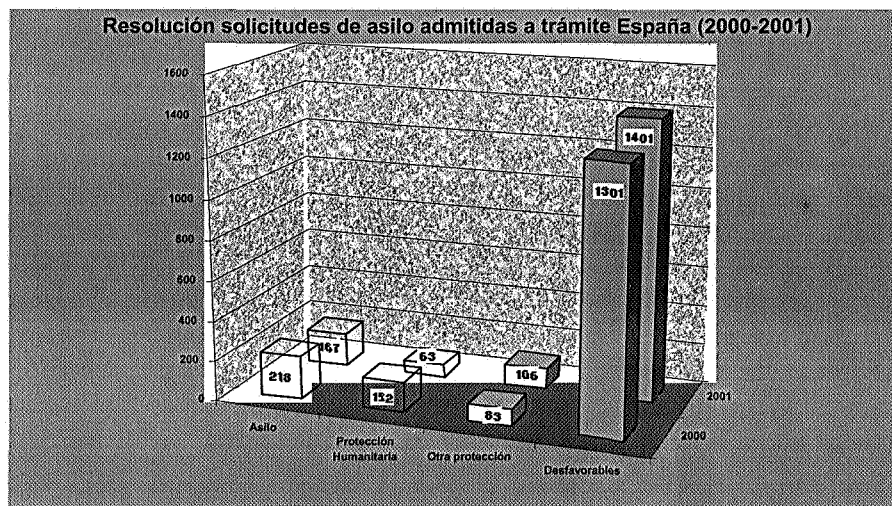


Gráfico 2

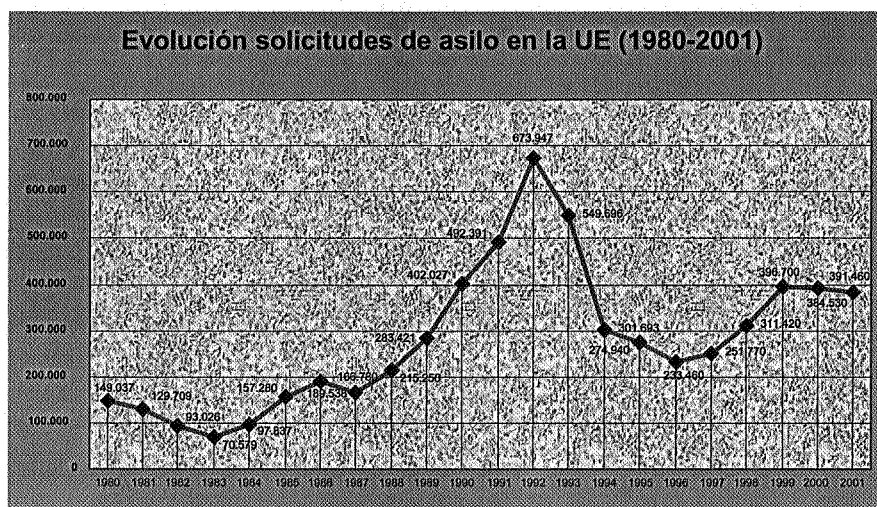


Gráfico 3



Gráfico 4

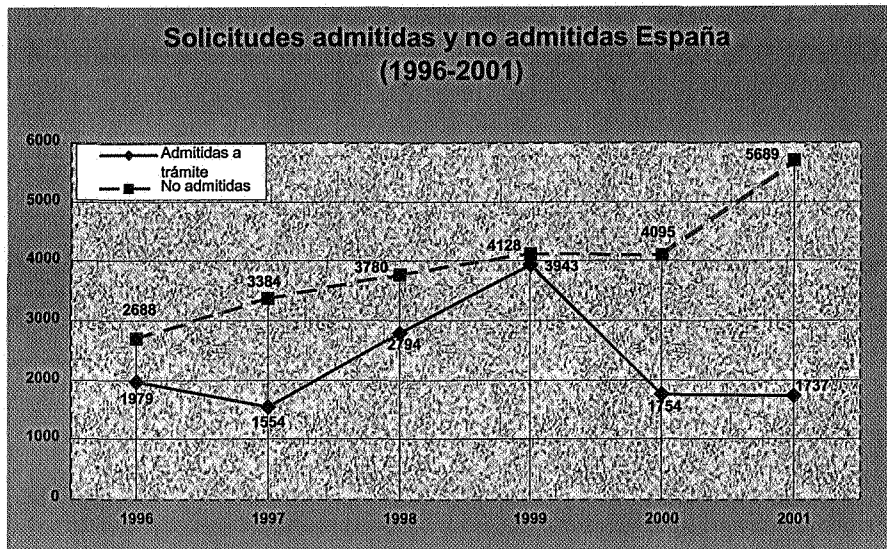
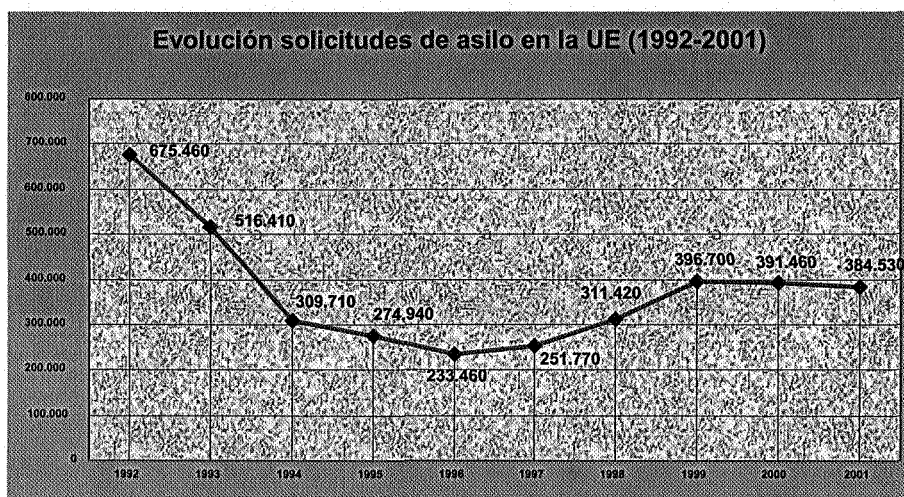
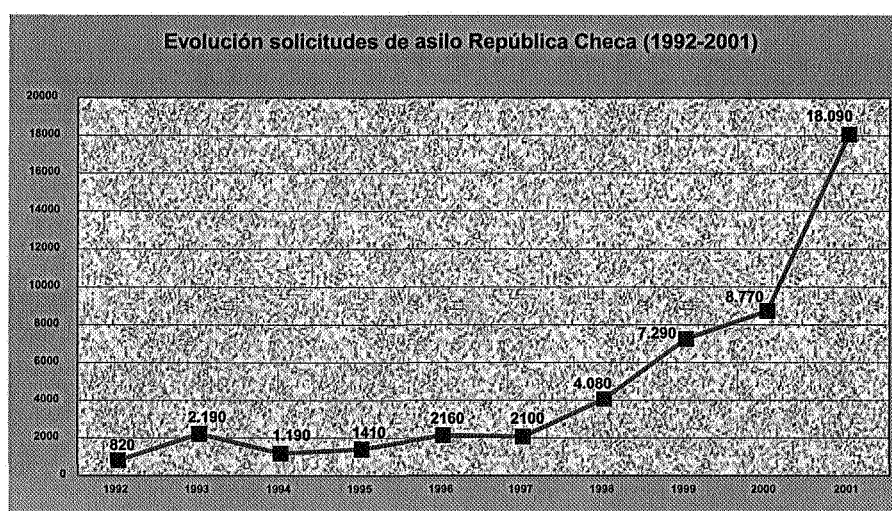


Gráfico 5

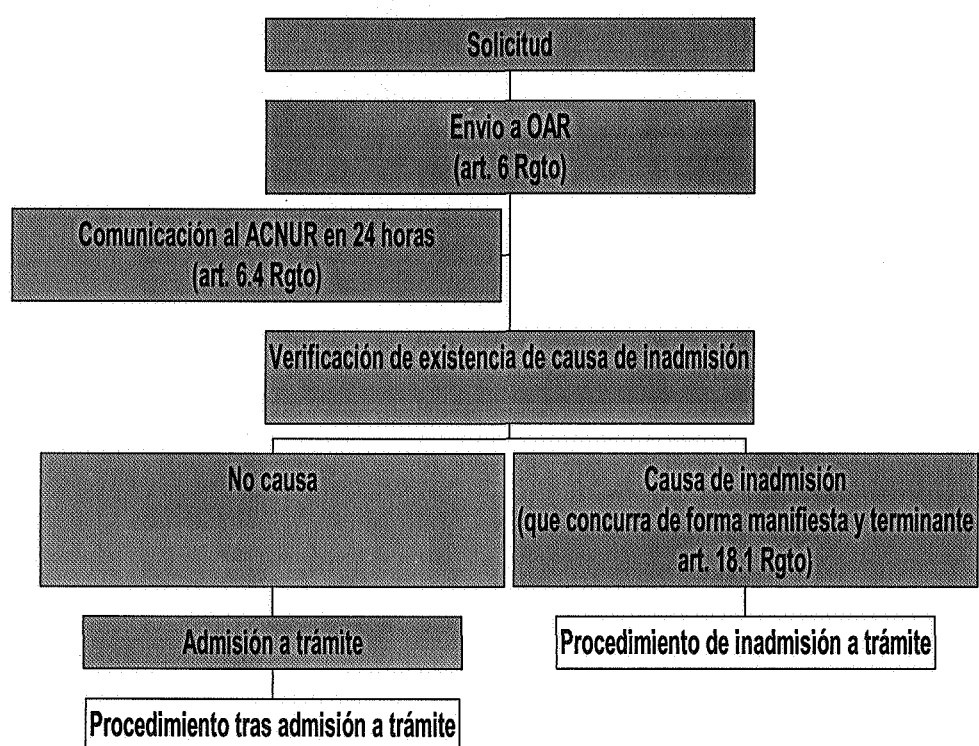


Gráfico 6

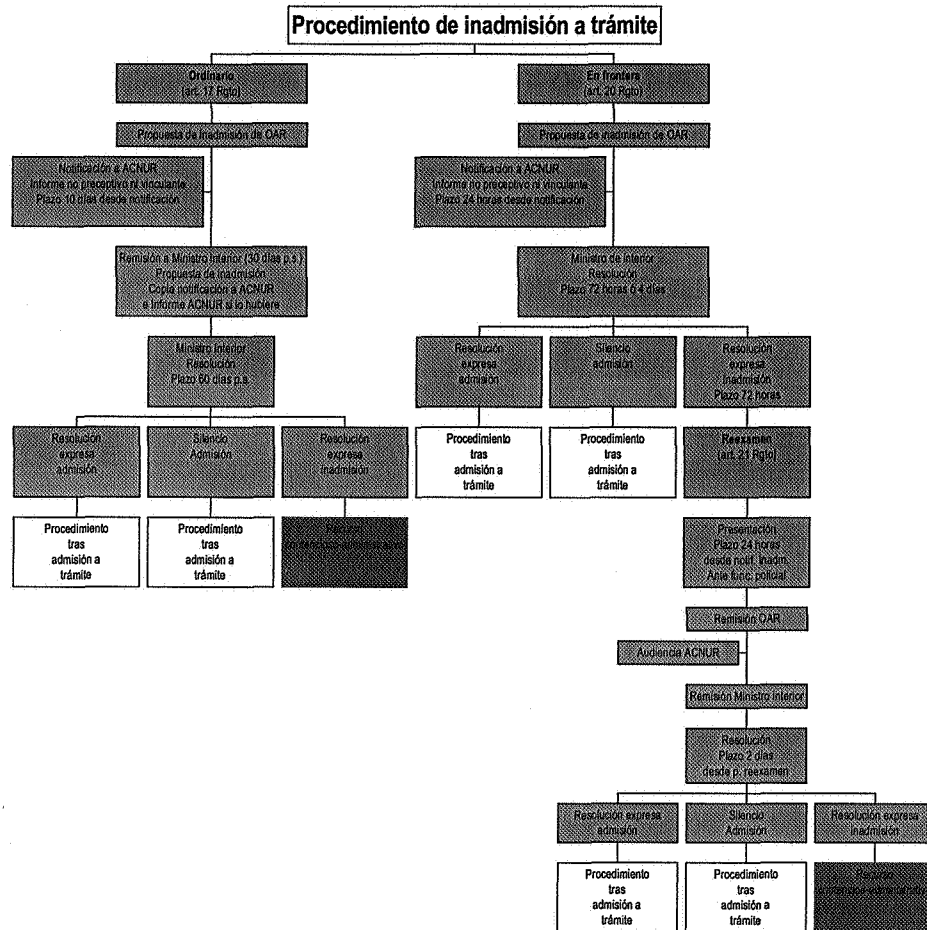
*Gráfico 7**Gráfico 8*

Procedimiento para la obtención de asilo y de la condición de refugiado en Derecho español

TRAMITACIÓN DE SOLICITUDES DE ASILO Y REFUGIO (1)



TRAMITACIÓN DE SOLICITUDES DE ASILO Y REFUGIO (2)



TRAMITACIÓN DE SOLICITUDES DE ASILO Y REFUGIO (3)

